UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

DE L'ÉTENDUE
DES
DROITS DE LA FEMME
DANS LE MARIAGE MUSULMAN
ET PARTICULIÈREMENT EN ÉGYPTE

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(Sciences juridiques)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON
Le mardi 20 juin 1922, à 14 heures

PAR

ABD EL-FATTAH EL-SAYED BEY

PRÉSIDENT : M. MARC DESSERTEAUX, PROFESSEUR
SUFFRAGANTS : M. LOUIS-LUCAS, PROFESSEUR
M. PETOT, PROFESSEUR

DIJON
IMPRIMERIE Vve P. BERTHIER
12, rue Berbisey, 12
—
1922

DE L'ÉTENDUE DES DROITS DE LA FEMME

DANS LE MARIAGE MUSULMAN

ET PARTICULIÈREMENT EN ÉGYPTE

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE DIJON — FACULTÉ DE DROIT

DE L'ÉTENDUE
DES
DROITS DE LA FEMME
DANS LE MARIAGE MUSULMAN
ET PARTICULIÈREMENT EN ÉGYPTE

THÈSE POUR LE DOCTORAT
(Sciences juridiques)

SOUTENUE DEVANT LA FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE DIJON
Le mardi 20 juin 1922, à 14 heures

PAR

ABD EL-FATTAH EL-SAYED BEY

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

PRÉSIDENT : M. MARC DESSERTEAUX, PROFESSEUR

SUFFRAGANTS { M. LOUIS-LUCAS, PROFESSEUR
M. PETOT, PROFESSEUR

DIJON
IMPRIMERIE Vve P. BERTHIER
12, rue Berbisey, 12

1922

A SA MAJESTÉ FOUAD Ier, Roi d'Égypte

Au bien-aimé Monarque profondément dévoué a son pays

A l'Éminent Auteur de la bienfaisante Loi N° 25 de 1920

Hommage de très respectueuse admiration.

BIBLIOGRAPHIE

Ouvrages sur le droit musulman et la condition de la femme dans l'Islam

Ahmed Abou Al Fath. — Al-Mokhtarat Al Fathieh (sources du droit musulman), 2e édition, Le Caire, 1918.

Al Ghazali. — Précis sur le rite chaféite, 2 vol., Le Caire, 1317 de l'Hégire (1900 ap. J.-C.).

Chams Eddine Al Sarkhasti. — Almabsout (traité sur le rite hanafite), 30 vol., Le Caire, 1324 de l'Hégire (1906 ap. J.-C.).

Coran.— Livre saint de l'Islam, traduction M. Kasimeriski, Paris, 1891.

E. Clavel. — Droit musulman, 2 vol., Paris, 1895.

G. Guémard. — La Condition juridique des femmes mariées en droit musulman, Aix, 1915.

Hamza Fathallah. — Bakourat Al-Salam (sur les droits de la femme dans l'Islam), Le Caire, 1889.

Rahmin Helou. — Etude sur la condition juridique des femmes musulmanes, Paris, 1896.

Ibn Rochd (Averroès). — Bidayat Al modjtahid (début du zélé), Le Caire, 1329 de l'Hégire (1911 ap. J.-C.).

Khalil Ibn Ishac. — Précis de jurisprudence musulmane (rite malékite), traduction Perron, 6 vol., Paris, 1854.

Khalil (Sidi). — Mariage et répudiation, traduction E. Fagnan, Alger et Paris, 1909.

Mansour Ibn Younès Al-Bahouti. — Al-Raoud Al-Morabaa (rite hanbalite), 2 vol., Le Caire, 1324 de l'Hégire (1906 ap. J.-C.).

L. Milliot. — Etude sur la condition de la femme musulmane au Maghreb, Paris, 1910.

Mohamed Zeid Bey. — Commentaire du Code hanafite de statut personnel égyptien, 3 vol., Le Caire, 1903.

M. Morand. — Avant-projet de code du droit musulman algérien, Alger et Paris, 1916.

Mouradja d'Ohsson. — Table générale de l'Empire ottoman T. V, Paris, 1824.

Sahnoun Ibn Saïd Al Tannoukhi. — Al-Moudaouanat Al Kobra de l'Imam Malek, 4 vol., Le Caire, 1324 de l'Hégire (1906 ap. J.-C.).

Savvas Pacha. — Etude sur la théorie du droit musulman, 2 vol., Paris, 1898 et 1902.

Sayed Ameer Aly. — Mohamedan Law, 2 vol., 2e édition, Calcutta, 1894.

L. W. C. Van Den Berg. — Minhadj Al-Talibin (Le Guide des zélés croyants), 2 vol., Batavia, 1883.

E. Zeys. — Essais d'un traité méthodique de droit musulman (Ecole malékite), Alger, 1884.

Ouvrages divers

C. Accarias. — Précis de droit romain, 4e édition, 2 vol., Paris, 1886.

Ambroise Colin et H. Capitant. — Cours élémentaire de droit civil français, 2e édition, Paris, 1919.

Bahissatoul Badiah. — Recueil des travaux du premier congrès égyptien, Alexandrie, 1911.

J. Brissaud. — Manuel d'histoire de droit privé, Paris, 1908.

A. Esmein. — Le Mariage en droit canonique, Paris, 1900.

P. Gide. — Etude sur la condition privée de la femme, 2e édition, Paris, 1885.

Girard. — Manuel élémentaire de droit romain, Paris, 1920.

A. Girault. — Principes de colonisation et de législation coloniale, 4e édition, Paris, 1921.

J. Grandmoulin. — Droit pénal égyptien indigène, 2 vol., Le Caire, 1908.

E. Lambert. — La Fonction du droit civil comparé, Paris, 1903.

E. Lehr et J. Dumas. — Éléments de droit civil anglais, 2 vol., Paris, 1906.

Gaston May. — Éléments de droit romain, 13e édition, Paris, 1920.

Ministère de la Justice (Egypte). — Bulletin officiel et rapports du conseiller judiciaire.

É. Montet. — L'Islam, Paris, 1921.

Ahmed Safouat. — L'Organisation judiciaire en Palestine, Le Caire, 1918.

P. Viollet. — Histoire du droit français, 3e édition, Paris, 1905.

E. P. Walton. — Husband and Wife according to the Law of Scotland, Edimbourg, 1893.

ABRÉVIATIONS

Art.	Article.
C. S. P. E.	Code de statut personnel égyptien.
C. C. E. I.	Code civil égyptien indigène.
C. C. E. M.	Code civil égyptien mixte.
C. C. F.	Code civil français.
L. E.	Livre égyptienne dont le pair vaut environ 26 francs.
V.	Voir.

PRÉFACE

« Tous les peuples, écrit M. Edouard Montet, dont la compétence en ce qui regarde l'Islam est universellement reconnue, sont entraînés aujourd'hui dans la marche vers le progrès, et, malgré les mouvements de réactions de tout genre qui entravent ce développement, malgré les guerres qui l'arrêtent temporairement, l'humanité tend toujours en avant, s'efforçant de réaliser l'idéal sans cesse renouvelé qui se présente à ses yeux (1) ».

Ce savant éminent a raison d'affirmer que l'Islam peut évoluer dans le sens que les peuples les plus avancés ont donné à la vie et à la civilisation, et cela « sans que les musulmans aient à renoncer à leurs croyances religieuses et sans cesser de cultiver leur belle langue et leur belle littérature ».

Apôtre ardent du rapprochement du monde musulman et du monde chrétien, sincèrement convaincu qu'une « entente cordiale » est possible entre eux et qu'elle serait largement profitable à l'un et à l'autre, il estime qu'ils gagneraient à

(1) *L'Islam*, p. 150.

se mieux connaître mutuellement pour pouvoir mieux se juger.

Ayant profondément étudié et apprécié la religion islamique, il déclare qu'elle constitue une puissance morale digne du plus grand respect et déplore qu'elle soit en général insuffisamment connue et, partant, mal jugée en Europe.

Désirant apporter notre modeste contribution à cette œuvre de rapprochement en aidant à faire connaître plus exactement une religion professée par plus de 200 millions d'adeptes, nous avons pensé qu'il ne serait peut-être pas sans intérêt de présenter un tableau général de la situation de la femme mariée en droit musulman, de montrer en quoi les quatre rites orthodoxes diffèrent quant aux devoirs qu'ils lui imposent, et quant aux droits qu'ils lui reconnaissent.

Si nous avons choisi cette question comme sujet de notre thèse, c'est que l'amélioration du sort des femmes musulmanes est à l'ordre du jour : dans tous les pays islamiques, particulièrement depuis la grande guerre, un mouvement s'est produit dans le but d'adoucir, en faveur de la femme, les rigueurs des interprétations qui ont eu lieu aux premiers siècles de l'Islam, conséquemment faites dans l'esprit de l'époque et influencées par les traditions.

L'Égypte, qui compte parmi les pays musulmans les plus avancés au point de vue intellectuel, se devait de suivre, elle aussi, ce généreux mouvement. En 1920 elle a, par une loi qui fait honneur à Notre Auguste Roi Fouad I^{er} qui en a pris l'initiative, amélioré sensiblement la situation matérielle et morale de l'épouse égyptienne.

Nous nous proposons de la commenter à la fin de cette étude et de montrer qu'elle aurait pu être un peu plus large dans ses dispositions.

Telle est la tâche que nous nous sommes imposée. Nous ne nous dissimulons pas les difficultés de l'entreprise, car les questions de statut personnel musulman et particulièrement celles qui touchent au mariage et au divorce sont très délicates à cause de leur caractère religieux.

Nous nous dissimulons encore moins les critiques que nous vaudront, de la part de nos coreligionnaires trop conservateurs, toujours prêts à nier le mouvement même en marchant, les opinions personnelles que nous nous proposons d'émettre librement ici. Ces opinions, nous les devons, non aux livres, mais à une pratique de plus de dix ans dans la magistrature et à un contact prolongé avec nos compatriotes dans les différents coins du pays. C'est sur le vif que nous avons étudié le mal dont souffrent nos justiciables appartenant au sexe faible, du fait qu'un rite unique, créé il y a onze siècles, leur est appliqué, et dans toute sa rigueur.

Puisse cette étude consciencieuse, mais que nous n'avons pas la prétention de croire sans reproches, contribuer à éclairer certains esprits occidentaux prévenus contre l'esprit libéral de notre religion, et leur enlever quelques-uns de leurs préjugés enfantins et absurdes dus à une connaissance imparfaite ou à l'ignorance complète de l'Islam.

INTRODUCTION

CHAPITRE I

Sources du Droit musulman

Nous croyons utile avant d'aborder l'étude des droits de la femme mariée, de dire quelques mots sur les sources du droit musulman. Nous aurons en effet maintes fois l'occasion de les citer en traitant notre sujet.

« Lorsque Mahomet parut, dit M. Edmond Montet (1), la société arabe était, au point de vue religieux et moral, dans un état d'abaissement qui appelait de toute nécessité la venue d'un grand réformateur. »

Fétichisme primitif et polythéisme grossier, telle était la religion des Arabes, religion qui, en pleine décadence au VII[e] siècle, ne se maintenait plus que par la force de la coutume. Le spectacle des pratiques païennes et de l'immoralité de ses contemporains produisit sur la conscience de

(1) E. Montet. *L'Islam*, *op. cit.*, p. 10.

Mohamet (1) une impression de révolte et sa mission divine fut de mettre fin à cette anarchie.

C'est à l'âge de quarante ans seulement et après de longues années de profondes méditations qu'il eut, à la suite de ses premières apparitions, conscience de cette considérable mission dont Dieu l'avait chargé.

C'est dans le Coran que sont exposés les principes de la nouvelle religion, les préceptes de la morale, les règles fondamentales du droit et les devoirs canoniques qui constituent le rituel musulman.

Savvas Pacha dans son livre intitulé *Étude sur la théorie du droit musulman* (1re partie, p. XIV et XV) s'exprime ainsi :

« La religion que le Prophète de l'Islam a enseignée contient une législation complète issue de l'inspiration (la législation est effectivement contenue dans la religion). Le code universel musulman est une œuvre législative assise sur la révélation ; elle se distingue par sa grande conformité avec la loi naturelle ; elle réunit dans un seul code tous les codes formant chacune de nos législations modernes. »

La théologie et le droit musulman se sont donc formés ensemble et se sont développés sur la base du Coran, le Livre par excellence, dans lequel tout musulman trouve l'énumération des devoirs qu'il a à remplir.

Mais la révélation, écrite dans ce recueil et nécessairement limitée, ne tarda pas à ne plus répondre aux besoins nouveaux d'un peuple qui évolue ; il fallut faire appel à la *Sounnah* ou actes du Prophète, puis plus tard à l'*Idjmaa* ou accord des docteurs, et enfin à l'*Alkias* ou déduction.

C'est ainsi qu'on considère comme sources du droit musulman :

---

(1) Nous adoptons l'orthographe *Mohamed* pour le nom du Prophète ; c'est l'orthographe qui se rapproche le plus de la prononciation arabe. Nous gardons l'orthographe *Mahomet* dans les citations d'ouvrages français.

1° Le *Coran ;*

2° La *Sounnah,* ou conduite du Prophète ;

3° L'*Idjmaa,* ou opinion unanime ou accord des jurisconsultes ;

4° L'*Alkias,* ou déduction, analogie légale.

Il convient de dire quelques mots sur chacune de ces différentes sources fondamentales du droit musulman.

§ 1. Le Coran

Le Coran ou la parole de Dieu, est le livre sacré de l'Islamisme. Il renferme 114 *Sourahs* ou chapitres écrits dans l'arabe le plus pur. Ces *Sourahs* contiennent les principes fondamentaux de l'Islam qui furent révélés au Prophète durant vingt-trois ans depuis l'époque où il commença sa mission jusqu'à son décès. Chaque fois qu'un verset lui était révélé, il le communiquait à ses compagnons qui l'apprenaient par cœur de telle sorte que plusieurs d'entre eux savaient tout le Coran et étaient à même de le réciter de mémoire.

Pour être conservé, ce livre sacré était écrit ensuite sur des *papyri,* des os d'épaules de mouton et sur des peaux de chameau (1).

Il est à noter que le Prophète était illettré ; aussi avait-il à son service des écrivains dont le nombre est évalué différemment : 26, selon les uns, et 42 selon les autres.

Le Coran a traité de tout; il a parlé des devoirs de l'homme envers le Créateur, de ses devoirs envers les autres; il a posé les règles du statut personnel et il a même prescrit les dispositions relatives aux faits délictuels.

---

(1) Savvas Pacha, *op. cit.*, p. 22.

§ 2. La Sounnah

La *Sounnah* ou la conduite du Prophète est l'ensemble des actes, paroles ou décisions du Prophète. Le Coran, établissant des principes sans beaucoup de détails, avait besoin d'explications. C'était alors le Prophète qui les donnait ; il comprenait, bien entendu, beaucoup mieux qu'aucun autre la portée des versets qui lui étaient révélés. La *Sounnah* est désignée par le mot « tradition » dans les livres européens; mais ce terme n'en représente pas exactement le sens. Le mot *Sounnah* signifie plus exactement la conduite apparente ou visible du Prophète. Comme la *Sounnah* n'a été fixée par l'écriture que plus tard, après une période pendant laquelle son souvenir se transmit oralement de génération en génération, les auteurs européens ont pris l'habitude de la désigner par le mot « tradition ».

La *Sounnah* a une grande valeur comme règle, à la condition que son authenticité ne fasse l'objet d'aucun doute. Tout bon musulman doit la suivre et s'y conformer. C'est l'opinion des jurisconsultes éminents ; cette opinion s'appuie sur plusieurs textes du Coran, entr'autres les versets suivants : « Dis-leur : Si vous aimez Dieu, suivez-moi ; Il vous aimera, Il vous pardonnera vos péchés; Il est indulgent et miséricordieux. Obéissez à Dieu et au Prophète, mais si vous tergiversez, sachez que Dieu n'aime point les infidèles (1). »

Les recueils de la *Sounnah* sont nombreux, mais ceux qui sont dignes de foi et considérés comme les plus authentiques sont au nombre de deux seulement :

1° L'œuvre de *Abdoullah Mohamed Ibn Ismaïl el Bokhari* intitulé *Djamiou al Sahih* ou *recueil vrai.* C'est le livre le plus

(1) *Coran*, chapitre III, verset 29, traduction Kasimiriski.

important et le plus vénéré après le Coran. L'auteur est originaire de la Boukharie comme d'ailleurs tant d'autres jurisconsultes qui ont joué un grand rôle dans l'Islam et qui appartenaient à des pays étrangers par rapport à l'Arabie, pour qui l'arabe n'était pas la langue maternelle. Ce jurisconsulte, né en 194 (809 après J.-C.), est mort en 256 de l'Hégire (1). Son recueil contient 7595 hadiths, c'est-à-dire paroles ou actions du Prophète.

2° Le *recueil de Moslem (Sahihou Moslem)* ou le « vrai » de *Moslem*. Ce compilateur est nommé *Moslem Ibn el Hadjadje el Niçabouri*, il fut originaire de la Perse ; il est né en 201 (816 après J.-C.) et mort en 261 de l'Hégire. Il est donc contemporain du premier. Son recueil qui contient 7275 hadiths a la même valeur authentique que le *Djamiou El Sahih*.

La *Sounnah* a rendu d'immenses services aux commentateurs du Coran, qui s'appuyaient souvent sur les hadiths dignes de foi pour soutenir telle ou telle opinion.

§ 3. L'opinion unanime (Idjmaa Al Ommah)

Idjmaa Al Ommah ou unanimité de la nation autrement dit *Ouçoul Alfiqh* ou « Sources du Droit » est l'unanimité d'interprétation des savants d'une époque déterminée (2). Cet Idjmaa avait pour but d'établir la manière d'interpréter un acte ou d'expliquer un passage ou une phrase du Coran ou émanant du Prophète. Quand *Abou Bekr*, successeur de Mohamed, avait un litige à juger, il recourait au Coran pour

---

(1) L'Hégire commence en 622 de l'ère chrétienne; il est à noter que l'année de l'Hégire compte onze jours en moins qu'une année chrétienne. L'an I de l'Hégire est la date à laquelle le Prophète émigra à La Mecque.

(2) E. Lambert, *La fonction du Droit civil comparé*, p. 335-336.

y puiser la règle à appliquer. Dans le silence du Coran, il réunissait les compagnons du Prophète en vue de savoir si la *Sounnah* contenait une règle applicable à l'affaire en question. Dans la négative, il les consultait sur la solution la plus équitable qu'il y avait lieu de donner au différend. Appelés à juger selon l'équité ils ont vraisemblablement tenu compte des coutumes établies depuis longtemps en Arabie. Or, ces coutumes avaient pu subir des influences diverses d'origine hébraïque, grecque, romaine, etc.

Omar Ibn El Khattab a suivi l'exemple de son prédécesseur. Ces sortes de conférences devinrent alors une source législative d'une importance capitale. Les solutions qu'elles donnaient étaient en effet appliquées et en même temps suivies dans les cas similaires.

§ 4. **Analogie légale (Kias Alfoqaha)**

L'analogie fut aussi une source féconde de dispositions légales établies par les jurisconsultes et par voie de similitude. Le Prophète avait déjà approuvé ce principe quand il interrogea *Maaz Ibn Djabal,* envoyé par lui au Yemen. « Sur quoi vous appuyez-vous pour juger? » *Maaz* répondit : « En appliquant la parole de Dieu (c'est-à-dire le Coran). » Et si le cas n'est pas prévu? « J'aurai recours à la *Sounnah.* » Et si elle ne prévoit pas le cas? « Je tâcherai de le faire par le raisonnement *Idjtihad.* » Le Prophète alors approuva la réponse de *Maaz* et ce procédé fut dès lors admis et nommé « l'effort du raisonnement savant ou *Idjtihad Al-Oulama* ».

CHAPITRE II

Les Rites

Apparition des rites. — Le second siècle de l'Islam fut marqué par l'apparition des plus grands jurisconsultes musulmans qui créèrent chacun un rite indépendant *Mazhab*. Evidemment les règles fondamentales sont restées les mêmes, intactes et immuables ; tous les chefs de rites nouveaux sont parfaitement d'accord sur les règles essentielles. Les divergences sont restreintes aux choses de seconde importance, portant plutôt sur la forme que sur le fond. A partir de l'apparition de ces rites, l'Islam se trouve ainsi divisé entre ces rites, qui, jadis assez nombreux, ne sont plus qu'au nombre de quatre, les autres étant tombés en désuétude. Les quatre jurisconsultes créateurs de ces rites sont :

1° L'*Imam al Azam* ou Grand Maître et dont le véritable nom est *Al Numan Abou Hanifa* fut le premier qui créa une méthode législative de la plus haute importance. Il est né à *Kuffet* en 80 de l'Hégire (699 après J.-C.). Il s'installa plus tard à *Bagdad* où il commença à fonder sa nouvelle école.

Grâce à ses brillantes qualités, à sa valeur scientifique incontestée et à son érudition remarquable, il fut sans contredit le plus important fondateur de la législation musulmane. Il mourut en l'an 150 de l'Hégire laissant plusieurs chefs-d'œuvre d'une haute importance, une renommée ineffaçable et une école qui embrasse la plus grande partie des musulmans. Le Khalife Abasside *Abou Djafar el Mansour* avait voulu lui confier les charges de Grand Cadi (magistrat) mais il s'y opposa énergiquement craignant de ne pas être, malgré sa bonne volonté, équitable. Le rite Hanafite est répandu en Asie, dans l'est de l'Europe et en Egypte.

2° L'*Imam Malek* est *Abou Abdoullah Malik Ibn Anas* fondateur de la seconde école législative musulmane. Ses adeptes sont très nombreux au Yemen, dans le Hedjaz, dans le nord de l'Afrique, jadis dans l'*Andalousie* (Espagne) et au centre de l'Afrique. Ce grand maître est né à Médine à une date qui n'est pas exactement connue; on la place entre 90 et 95 de l'Hégire, il est mort en 179 après avoir fait plusieurs ouvrages très appréciés.

3° L'*Imam Chaféi, Abdoullah Mohamed Ibn Idris,* né en l'an 150 de l'Hégire (767 après J.-C.) en Syrie, fut l'élève de *Malek* à Médine, il partit ensuite pour Bagdad sur l'invitation d'*Al-Rachid*. Le trait caractéristique de sa méthode fut la grande marge laissée à l'analogie. Il mourut en 204 de l'Hégire, au Caire, et son tombeau vénéré se trouve dans une mosquée célèbre qui porte son nom. Ce rite chaféite est répandu surtout en Egypte, en Syrie et dans l'Irak.

4° L'*Imam Ahmad Ibn Hanbal,* né en 164 de l'Hégire (780 après J.-C.), à Bagdad, fut l'élève de l'Imam Chaféi et eut comme ses prédécesseurs un renom retentissant; cependant son école, la dernière en date, n'a pas trouvé un terrain assez fécond, aussi n'a-t-il pas eu un nombre aussi considérable d'adeptes que les premiers parmi les nations musul-

manes. Il est pourtant assez connu dans le sud de l'Irak, au Yemen et dans la Mésopotamie.

Les Jurisconsultes postérieurs aux créateurs de rites. — Les jurisconsultes postérieurs aux créateurs de rites, aux quatre Imams que nous venons d'énumérer, ont continué le travail de ceux-ci sans jamais se départir de leurs règles. Ils ont beaucoup fait pour enrichir les applications des principes par la méthode de l'analogie. Beaucoup d'entre eux ont expliqué le Coran, commenté les hadiths, réuni les consultations des *Mouftis* (1) et rendirent par leurs précieux efforts la législation musulmane très féconde.

Fin de l'effort législatif. — Vers le milieu du VII^e^ siècle de l'Hégire, il y eut un arrêt dans l'élan de l'effort législatif ; ce fut l'époque de la pure imitation *Asr Al-taklid* des quatre rites orthodoxes. Certains jurisconsultes avaient tenté de créer une cinquième école, mais, craignant la perturbation qu'une innovation pareille aurait fait naître dans l'exercice de la justice, ils ont dû renoncer à leur projet. « La porte de l'effort, dit-on, est fermée. » On voulait dire par là que les innovations dans la législation musulmane étaient désormais prohibées. Cette croyance profondément ancrée dans les esprits pendant plusieurs siècles, a causé un grand tort à l'Islam. Il est en effet inconcevable que les quatre rites et les travaux consécutifs basés sur eux puissent contenir les solutions de toutes les difficultés qui naissent et qui naîtront à travers les années. Que de questions n'ayant pas d'exemples similaires se présentent dans la pratique et dont la solution nécessite un esprit assez libéral, pour s'adapter aux exigences de l'époque actuelle si différente des siècles écoulés.

(1) Ce sont des chefs religieux qui donnent leur avis, à quiconque s'adresse à eux, sur toutes sortes de contestations.

Il est encore un autre inconvénient non moins important au point de vue de ses conséquences. Il s'agit de la méthode suivie dans beaucoup de pays musulmans, méthode qui consiste à appliquer le même rite à tous les habitants du pays quel que soit celui qu'ils adoptent dans leur vie privée. En Turquie et en Égypte, par exemple, on n'applique que le rite Hanafite dans l'administration de la justice. Cette pratique est en opposition directe avec ce qui était suivi en Égypte avant sa domination par les Turcs. On y appliquait en effet les quatre rites à la fois, suivant que les jurisconsultes adoptaient tel ou tel rite. Bien que l'*Imam al Azam* fût un jurisconsulte distingué, certaines de ses théories sont inadmissibles et on pourrait difficilement en tirer des règles générales susceptibles d'être appliquées journellement. Je ne veux citer que le cas de la femme répudiée qui doit légalement se soumettre « à la retraite légale » ou « edda ». Celle-ci d'après le rite en question peut se prolonger jusqu'à l'âge critique fixé à cinquante-cinq ans ; or il en résulte que le mari reste tenu de fournir à son ancienne femme la pension alimentaire (art. 314 et 325 du statut personnel égyptien).

Le motif en est que la femme répudiée peut, dans le but de continuer à recevoir une pension, prétendre faussement n'avoir pas eu ses règles après la répudiation ; et malheureusement elle est crue sur parole. Cette question qui sera éclaircie en ses lieu et place était une source de beaucoup de souffrance. Il fallut la promulgation de la loi n° 25 de 1920 pour mettre fin à ce système non seulement préjudiciable au mari, mais absolument injustifiable. La base en est la crainte de la confusion de part et c'est cette crainte qui fait admettre que la retraite peut se prolonger jusqu'à l'époque où tout espoir de procréation est complètement perdu.

Je conclus de ce qui précède que la fermeture de la « porte de l'effort » aggravée par l'application d'un seul rite est une notion qui n'est pas d'accord avec l'esprit de l'époque moderne et des exigences sociales actuelles. Ne serait-il pas suffisant de ne pas se départir des règles essentielles de l'Islam, de ses principes fondamentaux, pour résoudre les questions vitales qui nous occupent actuellement, telles que le prêt à intérêt, la bigamie et tant d'autres ? Je puis assurer qu'une saine interprétation aboutirait aux meilleures solutions conformes à la fois à l'esprit islamique et aux nécessités présentes.

CHAPITRE III

Le Mariage avant l'Islam

Aperçu général. — L'Islam naquit en Arabie d'où il est sorti pour aller se répandre dans d'autres pays. Il est donc intéressant de dire quelques mots de ce qu'était le mariage, dans le pays qui fut le berceau même de cette religion. Le mariage étant réglementé en droit musulman par le Coran, aucun changement n'a pu se produire dans ses règles partout où le mahométisme gagna du terrain, et fut embrassé par de nouvelles nations.

Les Arabes avaient toujours prohibé le mariage avec les proches parentes : mère, sœur et nièce. A part ces exceptions dictées par les lois naturelles de la moralité, aucun empêchement de se marier avec qui que ce soit. C'était au père, à l'aïeul, au frère ou à son oncle ou aux cousins de la jeune fille qu'on demandait ordinairement la main de celle-ci. S'il y avait consentement de part et d'autre, on s'entendait alors sur le douaire (Mahr), et le mariage était célébré quelque temps après. On attachait une grande importance

à ce que le fiancé fût du même clan que la fiancée. Malgré le mariage, la femme restait toujours attachée à sa famille, et cela contrairement au système du droit romain dans le mariage avec « manus ».

Différentes sortes de mariages. — Il y avait plusieurs sortes de mariages que l'Islam a abolies. Nous ne citerons que les plus connus :

1° Le mariage détestable (*Nikah al Makt*) ainsi nommé parce que l'héritier (père, frère ou fils) du mari décédé, avait le droit d'épouser la veuve du défunt ou de profiter de son mariage avec un autre. Dans ce but, il allait chercher cette veuve et jetait sur elle un manteau, s'il se décidait à devenir son époux ; sinon il pouvait la donner en mariage à un nouveau mari moyennant un sadaq (1) (douaire) que celui-ci lui avançait. Cette détestable coutume ressemble en quelque sorte au lévirat chez les Hébreux. Ceux-ci en effet considéraient la femme comme une sorte d'héritage ; et le lévirat était un droit et même un devoir pour l'héritier représentant du mari auquel il devait procurer une postérité (2).

2° Le mariage procréatif (*Nikah al istibdaâ*) dans lequel un homme désireux d'avoir un enfant bien doué ordonnait à sa femme d'aller cohabiter avec un homme connu par son courage, son intelligence ou d'autres qualités. Une fois devenue enceinte, elle regagnait le foyer conjugal et l'enfant né était réputé issu de l'époux.

3° Le mariage secret (*Nikah al Khidr*) est celui qui n'est pas notoire. C'était une sorte de concubinage.

4° Le mariage temporaire (*Nikah al Motaa*) qui est celui

(1) « Ṣadaq » veut dire dot dans le sens du droit romain ou « pretium nuptiale » dans le droit germanique.

(2) Paul Gide. *Étude sur la condition privée de la femme*, p. 57.

où l'homme proposait à la femme de vivre avec elle pendant un laps de temps déterminé. Il avait été toléré au commencement de l'Islam pour éviter l'adultère.

5° Le mariage compensatoire (*Nikah al Chighar*) était contracté en compensation d'un autre mariage sans qu'aucune dot ne fût payée ni de part ni d'autre (1).

6° La polygamie sans restriction ni contrôle : tout homme pouvait se marier avec un nombre illimité de femmes.

Mais il y a lieu de dire que la femme était très respectée chez les Arabes de la classe élevée, elle était une véritable associée de l'homme qui la consultait dans ses affaires importantes et discutait avec elle la décision à prendre. Leurs poètes en effet adressaient souvent aux femmes leurs poèmes dans un langage élevé et plein de vénération (2).

---

(1) Ce mariage paraît présenter quelques analogies avec une institution de l'ancien droit français appelé l'affiliation par suite d'un double mariage ou mariage par échange (P. Viollet. *Histoire du Droit français*, 3e édition, p. 490.)

(2) *Al-Mokhtarat Al-Fathieh du Cheikh Ahmad Abou Al-Fath*, p. 11.

Les Droits de la femme mariée

La femme a des droits qui naissent à l'occasion du mariage et au moment même de sa formation, d'autres qui sont concomittants au mariage et enfin une troisième catégorie de droits qui motivent la dissolution du mariage ou qui en résultent. Notre étude sera divisée en trois parties correspondant à chacune de ces trois sortes de droits.

PREMIÈRE PARTIE

Droits de la femme à l'occasion du mariage

Le mariage est un contrat; il ne peut se former entre parties que par leur consentement réciproque. Le premier paragraphe de l'article 5 du Statut Personnel Égyptien énonce cette règle dans les termes suivants :

« Le mariage se contracte légalement par une déclaration faite de la part de l'une des parties contractantes et acceptée par l'autre. »

Non seulement la femme consent librement en principe au mariage, mais elle a encore droit à une dot qui, si elle n'est pas, comme le consentement, un des éléments constitutifs du mariage, n'en constitue pas moins un droit d'ordre public dont la femme ne pourrait se désister préalablement.

CHAPITRE I

Le Consentement

En ce qui concerne le consentement de la femme au mariage, il y a lieu de distinguer entre la femme majeure et la femme mineure, les règles en effet sont différentes selon les cas. Nous nous proposons de les passer en revue successivement. Il y aura lieu ensuite de parler des formes du consentement et de ses modalités. Cependant le consentement au mariage étant toujours précédé de ce qu'on appelle la demande en mariage, il est donc indispensable de parler de cette dernière et de ses traits caractéristiques pour établir la différence entre cette demande qui n'engendre aucun droit et l'acte même du mariage.

Une étude préliminaire doit être consacrée à l'état juridique de la femme en vue de mettre en relief les principes de sa capacité, relatifs soit à sa personne, soit à ses biens.

Section I

État juridique de la femme musulmane

La femme musulmane, au moins dans le rite hanafite, jouit en principe de la plus parfaite capacité, elle est l'égale de l'homme, soit au point de vue de la capacité de disposer de sa personne, soit au point de vue de l'administration de ses biens.

Il est donc essentiel de savoir à quel âge la fille atteint sa majorité et devient apte à agir elle-même sans l'intervention d'autrui. Les jurisconsultes sont en complet désaccord à ce point de vue, mais ce qui est indiscutable, c'est que le droit musulman fait une distinction entre la majorité requise pour le mariage : c'est-à-dire la puberté, et celle requise pour l'administration et la disposition des biens.

§ 1. Majorité requise pour le mariage : la puberté

La majorité indispensable pour le mariage est fixée par la puberté que définit ainsi l'article 495 du Code du Statut Personnel Égyptien :

« La puberté du garçon résulte des symptômes physiques qui caractérisent cet état.

« Il en est de même pour la fille, eu égard aux symptômes caractéristiques qui sont particuliers à son sexe.

« A défaut de ces symptômes, l'un et l'autre sont réputés pubères à l'âge de quinze ans révolus. »

Mais l'âge d'adolescence est fixé à douze ans pour le garçon et à neuf ans pour la fille (art. 494). Si un enfant de l'un ou de l'autre sexe de plus de douze ou neuf ans et de moins de quinze prétend être pubère et avoir eu les symptômes exigés par la loi, le cadi, si les apparences ne démentent pas ces prétentions, discute avec l'enfant les allégations de celui-ci pour se rendre bien compte de la véracité de ses dires et pour s'assurer qu'ils ne lui ont pas été dictés par un intéressé quelconque.

Ce que prescrit le texte égyptien est l'opinion des deux élèves du « Grand Maître *Abou Hanifa* » : *Abou Youssouf* et *Mohamed*, deux illustres jurisconsultes qui par leurs ouvrages ont perpétué le rite Hanafite. Mais Abou Hanifa lui-même fixe, à défaut de symptômes, l'âge de la puberté pour le garçon à 18 ans et pour la fille à 17 ans.

Les Chaféites adoptent le même système établi par l'article 494 (s. p. é.) qui ne fait que résumer l'opinion des deux élèves du Grand Maître.

Quant aux Malékites, ils sont loin d'être unanimes sur une opinion quelconque, chez eux règne la plus grande incertitude.

Pour les uns, la double tutelle, sur la personne et sur les biens, se prolonge aussi longtemps que l'enfant est impubère, s'il s'agit d'un garçon et jusqu'à la consommation du mariage s'il s'agit d'une fille. La puberté de la femme, même accompagnée de la capacité d'administration de ses biens, est sans influence sur sa situation. Le mariage seul, non pas seulement contracté mais consommé, la libère de la tutelle. Quelques-uns vont même jusqu'à exiger une période d'expérience après le mariage, période dont la durée serait de un à sept ans (1).

---

(1) Averroïs (*Ibn Roshd*), le célèbre philosophe Andalou, parle de cette question dans son fameux ouvrage *Bidayet Al Modjtahid* (*Début du Zélé*), édition

D'autres Malékites admettent que l'âge de puberté pour les deux sexes est fixé à 18 ans (1).

Une troisième catégorie adopte l'opinion consacrée par le statut personnel égyptien (2).

M. Marcel Morand dans son avant-projet de code algérien du droit musulman parle de la puberté dans l'article 4 :

« Sont réputés pubères, l'homme âgé de dix-huit ans et la femme âgée de quinze ans. » Il justifie ensuite ces deux âges par ce qui suit :

« Les dispositions contenues dans l'art. 4 suppriment toute espèce de contestation relative à l'existence ou à la non-existence de la puberté ; elles ont en outre pour la femme musulmane, ce grand avantage qu'elles lui évitent des expertises, des examens de nature à offenser sa pudeur, à compromettre sa dignité.

« Les docteurs musulmans admettent, d'ailleurs, qu'à partir d'un certain âge, la puberté se présume. Cet âge a été fixé pour les deux sexes à 18 ans accomplis, par les Malékites (*Khalil*, trad. Perron, t. IV, p. 60), et à 15 par les Hanéfites (*Ibrahim Halebi*, *Mouradja d'Ohsson*, t. V, p. 269 ; code du statut personnel égyptien, art. 495).

« En sorte que l'art. 4 ne fait, en somme, que combiner les règles, qui en la matière, ont prévalu, chez les Hanéfites, avec celles qui sont reçues par les Malékites. C'est à dix-huit ans seulement que la puberté se présume ; il en est quelques-uns cependant qui sont d'avis que « la puberté est confirmée lorsque la seizième et même seulement la quinzième

---

de l'imprimerie « *Algamalieh* », du Caire, p. 234 et 235, et dit que d'après quelques Malékites la fille restera soumise à tutelle même après son mariage jusqu'à ce qu'elle donne preuve de sa capacité d'administrer ; mais c'est une opinion faible qui n'est pas suivie.

(1) V. *Droit musulman*, par Eug. Clavel, t. I, n° 29.

(2) *Khalil* (*Ibn Ishaq*). *Précis de Jurisprudence musulmane*, traduction Perron, t. IV, p. 60.

année de la vie est accomplie entièrement » (*Khalil*, trad. Perron, t. IV, p. 60). »

Pour notre part, l'opinion émise par le savant professeur est la plus logique et celle qui s'adapte le mieux aux lois naturelles. Le mariage à l'âge de quinze ans en Orient est très fréquent pour les filles qui sont nubiles avant cet âge. Les hommes se marient rarement avant l'âge de dix-huit ans. Il me semble que *Kadri Pacha*, rédacteur du code du statut personnel égyptien, en adoptant l'âge de quinze ans pour la puberté des deux sexes n'avait visé qu'à suivre l'opinion des deux élèves du Grand Maître sans y apporter aucune modification comme essaye de proposer M. Marcel Morand.

§ 2. **Majorité quant aux biens**

Si la puberté fait cesser la tutelle sur la personne, elle n'influe pas sur la majorité requise pour mettre fin à la tutelle sur les biens. Celle-ci ne finit qu'à la majorité résultant de l'aptitude à la bonne administration. Abou Hanifa fixe à vingt-cinq ans l'âge maximum auquel la tutelle sur les biens prend fin, si le mineur devenu majeur n'est pas raisonnable. Si le mineur, avant cet âge, donne des preuves de son aptitude à la bonne administration et à la bonne disposition, la tutelle peut prendre fin (art. 478 et 496 s. p. é.).

D'après les deux compagnons *Alsahibènes* (élèves du Grand Maître), la tutelle sur les biens continue tant que la personne n'est pas apte à la bonne administration de ses biens.

Les Malékites exigent pour que la fille ait la libre disposition de ses biens, la déclaration de deux témoins irréprochables qui attestent sa capacité d'administrer sa fortune. Pour le garçon, la puberté accompagnée de la capacité intellec-

tuelle le libère de plein droit de la tutelle sur les biens comme elle le libère de la tutelle sur la personne (1).

Mais ces règles ne sont plus applicables en fait. En effet, le décret du 19 novembre 1896 vint régler en Egypte tout ce qui a trait à la minorité quant aux biens. Il a en même temps parlé des absents et des interdits. D'après l'article 8 de ce décret, la tutelle prendra fin dès que le mineur aura atteint l'âge de dix-huit ans, à moins que le « *Meglis Hasby* » (2) n'en ait décidé le maintien avec appel de la décision par devant un *Meglis Hasby* supérieur suivant l'article 6. C'est une mesure prudente : l'âge étant fixé, l'incertitude dans laquelle on se trouvait autrefois a cessé d'exister dans le grand intérêt et des incapables et de ceux qui traitent avec eux.

Section II

Demande en mariage

La faculté de se marier est reconnue aussi bien à la femme qu'à l'homme. La femme est libre d'acquiescer à une demande en mariage, c'est-à-dire de donner son consentement lors des fiançailles ; mais cette liberté n'est pas absolue, elle est sujette à deux restrictions. Il faut :

1° Que la femme soit libre de tout lien conjugal ;

2° Qu'elle ne soit pas dans la retraite légale.

Première restriction. — **Il faut**, disons-nous, **que la femme soit dégagée de tout lien conjugal**. La polyandrie n'étant pas admise en droit musulman, (elle est même contraire à

(1) E. Zeys. *Essai d'un Traité méthodique de Droit musulman*, t. I, p. 36.

(2) C'est une institution chargée de statuer sur les incapacités et d'examiner les comptes que rendent les représentants des incapables. Elle ressemble à ce qu'on appelle en France le Conseil de famille.

l'esprit de cette législation) une femme mariée ne peut être demandée en mariage. Cela va de soi. Si même la femme est séparée de son mari, ou même si elle a simplement commencé contre lui un procès en divorce, les liens conjugaux sont présumés existants, et tous pourparlers en vue d'un mariage sont vains et inutiles. Ils sont même moralement repoussés, car il est possible que la femme se réconcilie avec son mari et réintègre le foyer conjugal.

Il est même interdit de demander en mariage une femme déjà fiancée. Un *Hadith* du Prophète ordonne ce qui suit : « Il ne faut pas demander la main de celle qui est déjà fiancée. » C'est une règle de pure morale et l'enfreindre serait une trahison. La demande en mariage, ainsi que nous l'expliquerons, ne donne, lorsqu'elle est accueillie favorablement par la jeune fille, naissance à aucun droit chez les deux fiancés ; elle n'engendre donc aucune obligation de l'un envers l'autre. Néanmoins, il serait tout à fait immoral et contraire aux bonnes mœurs qu'une femme déjà fiancée accueille une autre demande en mariage avant d'avoir, par une rétractation expresse, mis fin à la première demande. Si le premier fiancé ne peut tirer aucune conséquence légale de la promesse à lui faite et non tenue, il y a tout lieu cependant de la considérer comme une démarche assez sérieuse vers la réalisation du mariage. Souvent même l'acte de mariage ne s'accomplit que la veille même de l'union des deux conjoints, c'est-à-dire après que l'un et l'autre des fiancés ont fait des préparatifs nombreux entraînant des dépenses plus ou moins grandes.

Deuxième restriction. — **Il faut que la femme ne soit pas dans la retraite légale.** — Aux termes de l'article 2 du S. P. E. : « Il est défendu de faire ouvertement des pourparlers de mariage à une femme pendant sa retraite « répudiaire ou

viduaire ». Mais il est permis de manifester le désir d'avoir la main d'une veuve sans pouvoir toutefois contracter mariage avant l'accomplissement du temps prescrit pour « la retraite ».

Cet article un peu ambigu fait une distinction entre la demande catégorique en mariage et les simples propositions indirectes. Bien que l'article ne le dise pas clairement, il est établi que ni la première ni les secondes ne peuvent être faites à une femme se trouvant dans « l'*edda* », c'est-à-dire dans la retraite légale de répudiation. Cette sage prohibition est basée sur ce que les droits du mari ne sont pas complètement annihilés par la répudiation. Il a souvent le droit de récupérer sa femme. Il se peut que la répudiation résulte d'un abus de droit ou d'un simple caprice et partant il y a de légitimes espoirs pour la réconciliation ; de même il se peut que le mari, désirant renouer les liens conjugaux, pardonne à sa femme une négligence qu'elle aurait commise dans le ménage. Les pourparlers qui se feraient durant la retraite en vue d'un remariage ne porteraient pas seulement atteinte aux droits du mari et resteraient souvent infructueux, mais blesseraient encore son amour-propre et sa dignité de mari.

Quant à la veuve, il est licite de lui faire des propositions indirectes de mariage. L'aspirant à sa main pourrait lui laisser entendre qu'il épouserait volontiers une femme savante ou riche comme elle, ou possédant telles ou telles qualités qu'elle-même possède. La loi a adopté pour la veuve une disposition spéciale : le mari n'existant plus, il n'y a plus lieu d'agir avec autant de réserve que dans le premier cas. Ici le seul scrupule qu'il y a lieu de ménager résulte de l'état de deuil dans lequel se trouve la veuve. Aussi n'est-il pas permis de faire à celle-ci des propositions ouvertes pendant la retraite de viduité ; on présume qu'elle

a certains égards pour la mémoire du défunt et que ses souvenirs ne sont pas si facilement effacés.

Quant à la durée de la retraite légale « *edda* », nous en parlerons à propos du second mariage de la femme, sujet qui sera traité dans un paragraphe spécial.

Effets de la demande en mariage. — La législation musulmane, pareille à ce qui est adopté en France au sujet des conséquences des fiançailles, ne donne à la demande en mariage suivie d'un consentement aucun effet juridique. Chacun des futurs époux reste libre de rompre sa promesse et de reprendre sa parole jusqu'à la formation même de l'acte de mariage qui les unira légalement.

Les sommes payées, les présents offerts, nous le verrons plus loin, doivent en principe être restitués sans qu'on ait à examiner le mobile qui aurait poussé la partie renonçante à dégager sa parole. Cependant, le fiancé au détriment duquel il y aurait eu, de la part de l'autre, un refus injustifié, n'a-t-il pas le droit de réclamer des dommages-intérêts, pour le préjudice qu'il aurait éprouvé dans ses intérêts aussi bien que dans sa dignité ? Le cas ne s'est jamais présenté devant les tribunaux laïques ; quant aux *Mehkémehs* ou tribunaux religieux, ils sont, par la nature même de leur institution, incompétents pour juger pareille affaire. Pour ces derniers, en effet, les règles prescrites par le « *charéï* » (loi religieuse) et relatives au statut personnel doivent seules être appliquées. Or les litiges se référant aux dommages-intérêts résultant d'une renonciation injustifiée ne rentrent pas dans la catégorie des questions dont la compétence est dévolue aux *Mehkémehs*.

Pour notre part, nous estimons que, si la dot payée et les présents offerts, comme il advient souvent avant la formation de l'acte de mariage, peuvent en principe être repris, cela ne

doit pas signifier que la fiancée, à laquelle on aurait causé le plus grand tort peut-être par une renonciation tardive et capricieuse à un projet de mariage, doit être privée de tout recours en dommages-intérêts. Dans les règles établies par le droit musulman au sujet de la restitution de la dot versée et des cadeaux offerts à la fiancée, je ne vois qu'un principe, applicable dans le cas d'une renonciation sage, raisonnable, justifiée, n'entachant aucunement la dignité de la fiancée et ne devant en aucun cas compromettre son avenir. Pour avoir une idée du préjudice pécuniaire et moral auquel peut être exposée une fiancée musulmane égyptienne quand elle est l'objet d'un refus, après les promesses échangées ou plutôt après le consentement réciproque à un mariage futur, il faut se rappeler qu'en Égypte les parents de la femme fournissent à leurs filles un trousseau « *Djihaz* » plus ou moins somptueux suivant leur aisance et leur rang social. La valeur de ce trousseau s'élève souvent au double, au triple et même au quadruple de la dot payée par le mari.

Bien entendu ce qui est vrai pour la fiancée l'est également pour le fiancé. L'homme qui a été agréé comme futur époux et qui par l'effet d'un simple caprice, se voit ensuite repoussé a, logiquement, droit à une réparation.

Il est vrai que ce dernier cas n'est pas fréquent en pratique, mais tout de même on abuse parfois du droit de rétractation et c'est pourquoi nous estimons qu'il n'y a aucune objection, soit au point de vue religieux, soit au point de vue du droit civil actuel, à ce que l'une des parties réclame la réparation du dommage que l'autre lui aurait causé. L'article 151 du Code civil indigène (212 C. C. Mixte) correspond à l'article 1382 du Code civil français et peut très bien servir de base à une réclamation de ce genre.

La jurisprudence française est tout à fait raisonnable et conforme à la logique. Elle admet en effet, comme le droit

musulman d'ailleurs, que les pourparlers qui précèdent l'acte de mariage et constituent pourtant un véritable consentement futur à un mariage, ne font l'objet d'aucun lien juridique et efficace. Seulement la rupture de ce consentement peut, si elle s'accompagne de circonstances qui en font une faute dommageable au fiancé délaissé, donner lieu à des dommages-intérêts (1).

Mais pourquoi alors en Égypte la question ne s'est-elle pas présentée devant les tribunaux malgré la fréquence des cas? Je ne puis voir là que l'effet d'une tolérance réciproque de part et d'autre et en vue de ne pas entraver un autre mariage éventuel. Les personnes intéressées, d'ailleurs, ont en plus, une certaine conviction que les tribunaux devant lesquels se présenteraient des litiges de cette sorte ne verraient dans la renonciation, de quelque côté qu'elle provienne, que l'usage d'un droit. On se résigne alors devant de purs motifs de moralité, et devant la crainte d'un échec judiciaire, échec d'autant plus à redouter que les coutumes ne permettent pas, avant la célébration du mariage, la moindre fréquentation entre les deux fiancés.

Section III

De la conclusion du mariage

Si les pourparlers en vue du mariage aboutissent et si les promesses faites lors des fiançailles sont tenues, on conclut l'acte de mariage. Ce dernier, ainsi que nous l'avons dit, a la même valeur que le mariage célébré d'après le droit français, par devant le maire ; c'est-à-dire qu'une fois cet

(1) Voir *Cours élémentaire de Droit civil*, par Ambroise Colin et H. Capitant, t. I, p. 12 (2e édition).

acte conclu, les fiancés sont légalement unis. Dans les pays musulmans, notamment en Égypte, l'acte de mariage peut être conclu sans que la consommation et la vie en commun s'ensuivent immédiatement, contrairement à ce qui se passe ordinairement en France. Il s'écoule quelquefois un certain temps avant que la célébration du mariage ait lieu. Cette période est employée à l'achat et à la préparation des trousseaux; plus les deux familles sont dans l'aisance, plus cette période est longue et évidemment plus les préparatifs sont dispendieux. Il n'y a aucune obligation légale pour la femme de fournir à son mari les meubles qui garnissent la maison conjugale ; ce n'est qu'une coutume qu'il faut selon nous condamner, elle commence d'ailleurs à se perdre, quoique lentement. Nous estimons qu'il est injuste et illogique que la maison qui servira d'habitation aux deux futurs conjoints soit meublée exclusivement des deniers de la femme. Quelle honte pour l'époux quand, le désaccord survenant dans le ménage, la femme lui enlève tout le mobilier et lui laisse une maison vide ! N'est-il pas plus raisonnable et plus digne pour le mari et la femme à la fois que les meubles soient achetés de leur argent commun? Cette participation des deux époux à l'acquisition d'un mobilier employé en commun répondrait mieux au but du mariage et serait le symbole d'une union intime et la base d'une société future entre les deux conjoints.

Il est vrai que l'achat des meubles par la femme ou par ses parents avait pour but dans l'origine de relever la femme aux yeux du mari, de lui donner une certaine considération ; mais, avec le temps, c'est devenu une règle générale, une tradition pour tous les habitants sans exception. Cette coutume qui, avons-nous dit, n'a rien de commun avec la religion et que commence à repousser, et à juste titre, la classe éclairée de la population, sera bientôt sinon suppri-

mée, du moins réformée de façon à ce qu'elle réponde mieux au but du mariage.

Ceci dit, passons maintenant au consentement même, nécessaire au mariage. Ce consentement peut émaner, soit de la femme elle-même, soit de son « *ouali* » ou tuteur « *aceb* », c'est-à-dire le proche parent du côté paternel.

Nous suivrons dans notre étude les règles du rite hanafite appliqué, en principe, en Égypte, sans oublier de mentionner les opinions des autres rites sur les points importants controversés.

§ 1. Consentement de la femme. Le mariage assorti ou « kafaah »

Nous avons déjà parlé de la majorité requise pour le mariage et des divergences qui séparent les différentes écoles à ce sujet.

D'après les Hanafites, une fille pubère, ou ayant atteint l'âge de quinze ans révolus, peut se marier et donner son consentement, soit elle-même, soit par l'intermédiaire d'un mandataire. Mais cette liberté pour la femme de consentir au mariage n'est pas exempte de tout contrôle. Elle ne peut valablement accepter qu'un mari assorti et qui a payé comme dot la somme représentant la dot coutumière (art. 51 S. P. E.). Si l'une des deux conditions manque, le parent « *aceb* » peut considérer ce mariage comme nul de plein droit ou en demander l'annulation suivant les cas. Nous parlerons de ces deux points qui jouent dans le mariage musulman un rôle assez important, en commençant par le premier, nous réservant de parler du second en traitant de la dot.

Le mari assorti. — Le mari assorti est celui qui est d'une condition sociale au moins égale à celle de la femme dont il demande la main. Cette égalité dans la situation des deux futurs époux est prise en considération parce que le mariage a pour but de composer une nouvelle famille et d'apporter de nouvelles relations aux familles des deux conjoints. Il est donc bien logique qu'un certain contrôle soit au moins imposé à la liberté reconnue à la femme de se marier. Ce contrôle se justifie d'autant plus que la femme musulmane peut se marier de bonne heure, à quinze ans et même avant, si elle est pubère.

On sait bien qu'en France le consentement des parents est une condition du mariage d'un enfant, qui a moins de vingt et un ans révolus. Cette disposition permet aux parents de surveiller le choix de leur fils ou de leur fille qu'une passion peut aveugler.

L'égalité de la condition sociale est considérée du côté de l'homme seulement ; quant à l'infériorité de la femme, la loi n'y attache aucune importance et le mariage n'est frappé d'aucune nullité relevant de ce point (art. 62 S.P.E.). Autrement dit, une femme ne peut pas en principe se mésallier. Elle doit épouser quelqu'un de son rang ou de rang supérieur, c'est-à-dire un homme assorti. Cette différence s'explique par des considérations morales et sociales d'une haute importance.

Le sentiment de la dignité de la femme chez les musulmans en général et chez les Arabes en particulier a toujours été très profond. La coutume chez quelques tribus arabes anté-islamiques d'enterrer vives leurs filles en est une preuve éclatante. On avait peur qu'une fille arrivée à un âge assez avancé ne pût se marier convenablement ou ne commît une action de nature à entacher l'honorabilité des parents ; on s'en débarrassait alors par cette méthode dont

la barbarie fait apparaître la force du sentiment de la dignité de la femme chez les Arabes.

On ne trouve, dans l'infériorité de la femme, rien qui puisse entacher l'honorabilité du mari. Les enfants porteront le nom de celui-ci qui est le chef de la famille ; sa supériorité se reflètera sur la femme et la relèvera par conséquent aux yeux de tout le monde.

Conditions requises pour le mariage assorti. — Pour que le mariage offre le caractère d'une union légalement assortie, dit l'article 62 du code du S. P. E., il faut que le mari soit au moins l'égal de sa femme sous les rapports suivants :

1° La naissance, s'ils sont tous deux d'origine arabe ;

2° L'ascendance islamique ;

3° La fortune ;

4° La vertu ;

5° La profession ou l'état social.

L'égalité des quatre dernières conditions est exigée, quelle que soit l'origine, arabe ou non, des conjoints. Disons quelques mots de chacune de ces conditions.

1° **Egalité de naissance si les deux époux sont d'origine arabe.** — L'origine arabe est considérée en droit musulman comme supérieure à toute autre. Nous ne voyons rien d'extraordinaire dans cette prétention. Les Arabes ont toujours joui de la plus parfaite liberté. Jadis ils étaient doués des plus brillantes qualités. Le joug de la servitude n'a jamais souillé le front de ce peuple qui est resté depuis les siècles les plus reculés son propre maître. Ajoutons à cela que l'Arabie fut le berceau de l'Islamisme et que le Coran est rédigé dans la langue de cette nation.

L'Arabe, aux yeux des jurisconsultes musulmans, est celui

qui est attaché par les liens du sang à une tribu arabe. Il faut encore faire observer que les tribus arabes ne sont pas toutes d'égales conditions. La tribu de *Beni Hachem*, en effet, est considérée comme la première tribu, la tribu par excellence ; vient ensuite la tribu *Qoreich* et en troisième lieu toutes les autres tribus. L'ascendance islamique n'est pas, en principe, à considérer parmi ces tribus. Il suffit qu'un mari d'origine arabe soit musulman, serait-il issu de parents non musulmans, pour qu'il puisse prétendre à la main d'une femme arabe issue, elle, de parents musulmans. Le motif en est que les Arabes musulmans, d'ascendance musulmane ou non, estiment par dessus tout leur nationalité. Pour eux une origine arabe vaut mieux qu'une ascendance musulmane chez un non Arabe.

2° **Égalité d'ascendance islamique.** — Il est bien entendu que le mari d'une femme musulmane doit être de religion musulmane, sinon le mariage est inexistant ; même si, après le mariage, le mari abjure l'islamisme, le mariage est rompu de plein droit. De plus, le même degré d'ascendance est une condition exigée chez le mari qui n'est pas d'origine arabe. Comme les étrangers ne peuvent pas, à l'instar des Arabes, prétendre appartenir à une des tribus importantes, leur ascendance musulmane seule leur confère une supériorité. Un non Arabe musulman, qui ne descend pas de parents musulmans n'est pas assorti à une femme musulmane issue d'un père musulman.

Pour le mari, point n'est besoin, dans la recherche de son ascendance islamique, de remonter au delà du grand-père, de telle sorte que celui dont le père et le grand-père sont musulmans est assorti à la femme qui a un plus grand nombre d'ancêtres musulmans. (Art. 64 S. P. E.)

Il y a un cas cependant où l'origine non arabe du mari ne

serait pas un obstacle à son mariage avec une Arabe. Il s'agit d'un étranger qui aurait acquis une noblesse par ses connaissances et son mérite personnel. Cette noblesse acquise est considérée comme supérieure à la noblesse conférée par la naissance. Cette exception prouve l'importance que l'Islam attachait aux sciences depuis déjà treize siècles.

3° **Egalité de fortune.** — C'est une condition pour laquelle on s'est montré, à mon avis, trop large. Il n'est pas du tout indispensable qu'une femme immensément riche se marie avec un homme de fortune égale. L'article 66, S.P.E. s'exprime clairement :

« La grande fortune de la femme n'est pas considérée en mariage, et celui qui aurait assez de moyens pour acquitter la partie de la dot payable d'avance et pourvoir à l'entretien de la femme pendant un mois, ou qui pourrait, par son travail, lui fournir quotidiennement les aliments nécessaires, serait assorti à la femme la plus opulente. »

On voit, par ce qui précède, que le législateur musulman considère que la fortune a quelque chose de chancelant. D'ailleurs, pourquoi attacher tant d'importance à l'égalité des fortunes? Les autres conditions requises du mari assorti constituent la meilleure garantie que celui-ci sera digne de n'importe quelle femme, quelque supérieure qu'elle lui soit sous le rapport de la richesse.

Il est encore fait exception à cette règle de l'article 66 pour l'homme doué de hautes qualités intellectuelles. Un savant pauvre est en effet bien assorti avec la fille d'un ignorant opulent. (Art. 65, S. P. E., dernier paragraphe.) Par savant pauvre on entend celui qui n'a pas la fortune exigée pour le mari dont parle cet article 66.

4° **Egalité de vertu.** — Le but du législateur, en exigeant

du mari une valeur morale au moins égale à celle de sa femme, est d'éviter à celle-ci, quand elle est vertueuse, le contact d'un homme vicieux. Ce serait alors le plus grand malheur pour la femme de se voir obligée de cohabiter avec un homme d'une conduite déplorable et honteuse. La moralité du beau-père est sans effet ; la seule à considérer est celle de la femme. Si celle-ci est vicieuse, mais issue d'un père honnête, son mariage avec un homme vicieux est valable. (Art. 67, S. P. E.)

5° **Egalité de profession ou métier.** — L'*Imam Al Azam* n'attache à la profession ou à l'état aucune importance. Ce sont des choses, considère-t-il, susceptibles de changement. La situation d'une personne peut changer du jour au lendemain et devenir bien meilleure. Mais *Abou Youssouf*, son élève, n'est pas du même avis. Il estime, en effet, que l'homme exerçant un métier vil, dégradant, ne peut être mis sur le même niveau qu'une femme exerçant une profession noble ou occupant une place honorable dans la société. Le Code du Statut personnel a adopté l'opinion d'*Abou Youssouf*. Il édicte, en effet, par l'article 66, que, si la profession exercée par le mari se rapproche de celle de son beau-père, la simple différence qu'il pourrait y avoir entre elles ne constituerait pas une mésalliance.

La loi fait en même temps une exception au profit des Arabes. Pour ceux-ci, l'origine prévaut, de telle sorte que l'Arabe ayant une profession normale serait capable de se marier avec une femme dont le père a une situation élevée, à la condition toutefois que la profession de ce mari ne soit pas vile. Pour lui, donc, la noblesse de son origine arabe ne pourrait compenser l'indignité résultant de sa profession. L'épouser constituerait pour la femme une mésalliance.

Reste alors la question de savoir sur quelles règles on doit se baser pour avoir un critérium des professions honorables et des professions viles. C'est une question de pur fait laissée à l'appréciation souveraine du cadi et que celui-ci apprécie d'après les us et coutumes des lieux.

A ces cinq conditions requises pour la validité du mariage assorti, le législateur musulman n'a pas cru devoir en ajouter d'autres. Son but était très sage, il a voulu que les deux conjoints soient de situations à peu près similaires, afin qu'il y ait plus d'harmonie dans le ménage et plus de respect mutuel. La question de beauté physique ou de santé n'est pas prise en considération au point de vue légal. Ces dons physiques, quoiqu'étant de nature à rendre la femme plus recherchée, n'ajoutent rien à sa condition qui ne peut résulter que de son origine, de son ascendance islamique, de sa fortune, de sa valeur morale et de sa profession.

Le mariage assorti est un droit pour la femme. — La femme a le droit d'exiger que le mari qu'on lui a choisi soit « assorti » ; on ne pourrait donc pas l'obliger à convoler avec un mari qui ne le serait pas. Inversement si, *proprio motu*, elle donne son consentement à un mariage avec un homme qu'elle a librement choisi, le *ouali* ne pourra attaquer ce mariage conclu en dehors de lui qu'en prouvant que le mari n'est pas assorti. Si elle épouse librement un homme qui lui est inférieur, sans faire la moindre réserve à ce sujet, elle est présumée avoir renoncé au bénéfice des dispositions relatives au mariage non assorti, et, de ce fait, elle ne pourrait demander la nullité du mariage en invoquant une infériorité chez son mari, qu'elle aurait constatée ultérieurement. Seul, le *ouali* pourrait obtenir l'annulation de ce mariage auquel il n'a pas coopéré.

La femme aura la faculté de demander l'annulation du mariage malgré le consentement qu'elle aurait déjà donné :

1° Lorsqu'elle aura stipulé que le mari doit être assorti ;

2° En cas de dol, c'est-à-dire lorsque le mari se sera fait passer faussement pour assorti ;

Dans ces deux cas, la femme et son *ouali* auront le droit d'option entre le maintien du mariage et sa dissolution, lorsque la condition du mari est déclarée inférieure à celle de la femme.

3° Si le mari a prétendu faussement appartenir à une famille supérieure à sa famille réelle ; la femme et son *ouali* auront tous deux le droit de demander la dissolution du mariage, mais ils pourront le maintenir comme dans les deux cas qui précèdent. Mais si l'origine réelle du mari est supérieure à celle prétendue par lui lors du mariage, le mariage est maintenu. *Abou Youssouf* cependant y voit un motif de dissolution au bénéfice de la femme seule ; même solution s'il y a eu substitution de personne. L'intention de ce jurisconsulte était de faire respecter jusqu'à sa dernière limite la liberté du consentement de la femme.

§ 2. **Consentement du « ouali » (tuteur sur la personne)**

Nous allons traiter dans ce paragraphe plusieurs questions :

a) des *oualis* et des conditions requises pour exercer la *oualaïat* (tutelle) ; *b)* les personnes qui peuvent être *ouali ; c)* le mariage de la mineure et de la pubère ; *d)* droit pour les mineurs de demander à leur majorité la dissolution du mariage ; *e)* contrôle des *oualis* sur le mariage de la femme majeure.

a) Des oualis et des qualités requises pour exercer la « oualaïat »

Le *ouali* est la personne légalement autorisée à disposer de la personne ou des biens des majeurs incapables et des mineurs.

Division de la tutelle. — Il y a deux sortes de tutelles sur la personne :

1) La tutelle obligatoire ou *idjbar* nommée *djebr* dans quelques commentaires arabes, ainsi que dans les ouvrages français. Cette tutelle s'exerce sur les mineurs et les personnes pubères incapables.

2) La tutelle facultative ou *nadb* que peut exercer le tuteur sur la femme majeure.

Pour pouvoir être *ouali*, il faut :

1° Être libre, c'est-à-dire ne pas être esclave. Cette condition a perdu toute son importance depuis que l'esclavage a été aboli ;

2° Être majeur, d'après les règles déjà établies. Il est bien entendu que le mineur ayant lui-même besoin d'une tutelle et devant y être soumis, ne pourrait pas pendant son incapacité devenir tuteur ;

3° Être musulman quand il s'agit du mariage d'un musulman avec une musulmane.

L'article 33, S. P. E. ajoute, à ces règles, que l'homme irreligieux peut devenir tuteur à moins qu'il ne soit d'une inconduite notoire.

b) Les personnes qui ~~ne~~ peuvent être « oualis »

Les personnes ayant le droit d'intervenir dans le mariage des mineurs ou des majeurs incapables sont les suivantes,

à la condition toutefois d'être libres, majeures, et de religion musulmane :

1° Les parents *aceb* ou agnatiques suivant l'ordre de succession, les plus éloignés étant exclus par les plus proches. Ces parents sont :

a) Le père de famille qui est le tuteur naturel de ses enfants mineurs ou incapables ;

b) L'aïeul paternel ;

c) Les parents collatéraux qui sont dans l'ordre suivant : le frère germain, le frère consanguin, l'oncle germain, l'oncle consanguin, le cousin germain et le cousin consanguin.

2° Lorsqu'il s'agit du mariage d'une femme aliénée ayant un père et un fils ou un petit-fils de quelque degré qu'il soit, c'est ce dernier et non pas le père qui doit lui servir de tuteur.

Il y a, en ce qui concerne l'homme aliéné ayant en même temps un père et un fils, une controverse entre le Grand Maître et son élève Abou Youssouf d'un côté et l'Imam Mohamed de l'autre. Celui-ci donne la priorité au père pour devenir tuteur légal de son fils, les deux premiers appliquent la règle citée pour la femme, règle sur laquelle ils sont d'ailleurs tous d'accord. L'argument de Mohamed est que le père doit avoir plus de pitié que le fils pour l'aliéné ; son maître et son collègue invoquent l'argument des règles de la parenté agnatique qui placent le fils avant le père. *Cheikh Zeid Bey* trouve que le meilleur moyen dans l'intérêt de l'aliéné serait que le père et le fils coopèrent à la tutelle (1).

3° A défaut de parents *aceb*, le droit de tutelle est dévolu à la ligne féminine dans l'ordre suivant : la mère, l'aïeul paternel, la fille, la petite-fille issue soit du fils soit de la fille, à ses descendantes, au grand-père maternel, à la

(1) *Commentaire du statut personnel*, par Zeid Bey, t. I, p. 60-61 (1re édition).

sœur germaine, à la sœur consanguine, au frère et à la sœur utérins, à leurs descendants puis aux autres Zawil-Arham « parents par le sang », à savoir : la tante paternelle, l'oncle maternel, la tante maternelle, les cousines et leurs descendants.

4° A défaut de parent proche ou éloigné, la tutelle du souverain s'impose ; le magistrat aussi peut exercer la tutelle s'il est autorisé par le souverain, dans le décret portant sa nomination, à procéder au mariage des orphelins et orphelines qui dépendent de sa juridiction.

La tutelle légale pour le mariage ne peut pas être dévolue à d'autres personnes que celles énumérées par la loi : les règles relatives à cette tutelle sont d'ordre public, on ne pourrait y contrevenir. Il s'ensuit alors que les principes suivants doivent être rigoureusement respectés :

1° Le tuteur testamentaire n'a pas qualité pour intervenir dans le mariage de ses pupilles quand même leur père lui aurait conféré dans son testament le pouvoir de les marier, à moins que ce droit ne lui soit acquis par la parenté ou qu'il ne soit investi d'une autorité publique, qu'il n'existe aucune personne ayant la préférence sur lui (art. 38, S. P. E.).

2° Un parent d'un degré éloigné n'a pas le droit de marier les mineurs, s'il existe un parent d'un degré plus rapproché possédant les conditions voulues pour exercer la tutelle. Cette règle comporte quelques exceptions :

a) Si le parent le plus proche, c'est-à-dire celui à qui la tutelle est légalement dévolue se trouve absent et éloigné, de telle sorte que le prétendant assorti ne consentirait pas à rester dans l'incertitude jusqu'à l'arrivée de la réponse, on assimile à l'absent ainsi compris celui qui se trouverait caché dans la ville même où l'acte de mariage se fait. Le droit de tutelle passe dans ce cas au parent du degré suivant qui pourrait valablement procéder au mariage de la mi-

neure, sans que le parent le plus proche pût, à son retour, en demander l'annulation. La question de l'absence et de l'éloignement est laissée à l'appréciation des tribunaux.

b) Si le parent le plus proche se trouve dans un état d'incapacité légale ou s'il est inapte par son inconduite notoire à prendre à charge le mariage de la mineure, la tutelle passe, comme dans le cas précédent, au parent du degré subséquent.

S'il existe deux parents du même degré réunissant, tous les deux, les qualités voulues par la loi pour la tutelle, chacun d'eux peut valablement marier la mineure sans avoir besoin de la ratification de l'autre. Si un acte de mariage était passé par l'un d'eux dans les conditions voulues par la loi, l'autre ne pourrait subséquemment en demander la révocation ou en passer valablement un autre. Certains *ulémas* (savants théologiens) pensent pourtant que les deux tuteurs doivent concourir à la formation de l'acte, mais c'est une opinion qui n'a pas prévalu. Dans le cas où chacun des deux tuteurs aurait consenti en même temps au mariage de la mineure à un individu différent, les deux actes seraient entachés de nullité et il n'y aurait aucun motif de donner la préférence à l'un plutôt qu'à l'autre.

c) Si le parent le plus proche repousse la demande en mariage de la pupille, c'est-à-dire s'il est *adel*, le droit de la marier ne passera pas au parent du degré suivant d'après l'ordre établi par la loi, mais au magistrat ainsi qu'il sera expliqué. Mais le magistrat ne pourrait marier la mineure si le refus de la demande en mariage de la part du tuteur était bien fondé, si ce refus par exemple avait pour cause l'infériorité de la condition du mari ou l'insuffisance de la dot offerte par celui-ci.

On remarquera qu'il y a une différence essentielle entre le cas du tuteur absent et celui du tuteur *adel* récalci-

trant. La dévolution de la tutelle quand il s'agit du tuteur non présent passe en effet au parent subséquent, tandis que dans le cas du tuteur *adel* elle passe au magistrat. Cette différence se justifie par le motif qu'au cas d'iniquité commise par le parent, c'est au magistrat que la plainte devra être portée; tandis que le parent tuteur absent n'ayant commis aucune iniquité à l'égard de la mineure, il en résulte naturellement que la tutelle passera au parent du degré suivant.

5° La tutelle est dévolue au magistrat dans les cas qui vont suivre :

a) Si le parent le plus proche repousse sans raison la demande en mariage. Nous avons déjà donné la justification de ce cas. Le magistrat, après s'être assuré que le mari était assorti et que la dot constituée au profit de la mineure était égale à la dot coutumière, procèdera au mariage soit par lui-même, soit par une personne qu'il délèguera à cet effet; mais le mariage aura lieu au nom du tuteur récalcitrant. C'est une sorte de mandat obligatoire imposé au tuteur afin de briser son entêtement. On voit par ce qui précède qu'au fond l'intervention du magistrat est la suite d'une opposition soulevée contre le refus du tuteur en vue d'obtenir une décision contraire dont l'exécution incombera au magistrat. Le mariage de la mineure par le magistrat ou par son délégué est inattaquable car il s'accomplit dans les conditions exigées par la loi au point de vue de la condition du mari et du montant de la dot.

Le magistrat n'a pas le droit d'épouser lui-même la mineure ni de la marier à aucun de ses descendants ou ascendants. Cette prohibition est expliquée par ce fait que l'acte du magistrat n'est qu'une décision de juridiction contentieuse et il est de règle d'ordre public que le magistrat ne peut se faire justice à soi-même ni à aucun de ses parents

précités. La vraie justification d'après nous est que la dignité de la magistrature ne permet pas qu'un magistrat rende la justice en vue d'en profiter lui-même ou d'en faire profiter un de ses parents ; sa décision d'après les règles musulmanes serait susceptible dans ce cas d'être attaquée par voie de révision.

c) Le mariage de la mineure et mariage de la pubère

D'après la législation musulmane un enfant mineur de l'un ou de l'autre sexe n'a pas le droit de se marier lui-même : c'est son tuteur « *ouali* », c'est-à-dire tuteur sur la personne, qui peut le marier et lui imposer dans certains cas son choix.

Les personnes pubères atteintes d'aliénation mentale se trouvent dans la même situation que les mineurs à ce point de vue. Peu importe que l'aliénation ait précédé la puberté ou qu'elle l'ait suivie. Cependant dans le second cas la tutelle qui avait cessé par la puberté ne sera rétablie que si l'état de démence se maintient pendant un mois sans intervalles de lucidité.

Les tuteurs « *oualis* » n'ont pas tous le même pouvoir quant au droit de marier les mineurs et les incapables de l'un ou de l'autre sexe. Ils se divisent à ce point de vue en deux catégories dont la première comprend le père, les ascendants paternels mâles et les descendants mâles; la seconde englobe tous les autres parents et le souverain ou son représentant le magistrat.

Étendue du pouvoir de la première catégorie. — Les tuteurs de la première catégorie, s'ils ne sont pas toutefois réputés irreligieux, inaptes à faire un bon choix, peuvent marier valablement les mineurs et les incapables, sans que

ceux-ci puissent, après la majorité ou après le recouvrement de la raison, demander l'annulation du mariage, et alors même que la fille serait lésée par l'insuffisance de la dot ou que le mari ne serait pas assorti. Il en est de même de la femme aliénée mariée par son fils agissant en qualité de tuteur (art. 45, S. P. E.).

Si le tuteur, au contraire, est réputé irreligieux et incapable de bien choisir, le mariage qu'il aurait contracté pour le mineur ou l'incapable de l'un ou de l'autre sexe ne serait valable que si le mari était assorti et la dot par lui payée égale à la dot coutumière. Si une de ces deux conditions venait à défaillir, l'acte serait radicalement nul.

Un tuteur *aceb* a donc tout pouvoir pour imposer à son ou sa pupille une femme ou un mari qu'il a choisi arbitrairement et le mariage ne serait attaquable que dans le cas d'irreligion du tuteur ou de son incapacité de bien choisir. C'est aux tribunaux d'apprécier en cas de contestation.

Etendue du pouvoir des tuteurs de la seconde catégorie. — Quand le mariage est fait par un tuteur n'appartenant pas à la première catégorie, trois cas peuvent se présenter :

a) Le mari n'est pas assorti : Le mariage est dans ce cas radicalement nul, peu importe le montant de la dot, fût-elle même bien supérieure à la dot coutumière ;

b) Le mari est bien assorti, mais il y a une grande lésion dans la dot fournie : Le mariage, également, est de nul effet ;

c) Le mari est bien assorti et la dot est égale à la dot coutumière, donc ni mésalliance ni lésion : Dans ce dernier cas même le mariage n'est pas à l'abri de toute attaque. Les mineurs, en effet, devenus majeurs, ou la personne aliénée redevenue saine d'esprit, auront le droit de demander la

dissolution du mariage fait par leur tuteur, même après sa consommation. Nous croyons utile de nous étendre sur ce sujet qui mérite quelques explications.

d) Droit pour les mineurs de demander à leur majorité la dissolution du mariage contracté pour eux

Si les mineurs de l'un ou de l'autre sexe préfèrent, une fois arrivés à leur majorité, la dissolution du mariage contracté pour eux par leur tuteur qui n'est ni leur père ni leur grand-père paternel et dans les conditions prévues par la loi ci-dessus mentionnées, ils devront la demander en justice et la faire prononcer par décision du tribunal. Le rôle du magistrat consistera à s'assurer en premier lieu que la demande a été faite en temps utile, après quoi il prononcera la dissolution du mariage. Tant que la dissolution n'est pas déclarée par le magistrat, le mariage est considéré comme valable et produit tous ses effets légaux. Il s'ensuit que si l'un des deux conjoints vient à mourir avant le jugement, le survivant aura droit à la succession du défunt et la dot, constituée au profit de la femme, lui restera définitivement acquise si c'est elle qui survit, ou reviendra à ses héritiers si elle prédécède.

En ce qui concerne la femme, l'exercice de l'action en nullité pour demander la dissolution de son mariage est soumise à des conditions qui varient suivant qu'elle est encore vierge ou qu'elle ne l'est plus à sa majorité.

1° *La femme est encore vierge à sa majorité.* Elle doit, si elle veut bénéficier du droit de demander la dissolution, protester contre l'acte de son tuteur et déclarer formellement en présence de témoins qu'elle a atteint sa majorité et qu'elle dissout le mariage contracté pour elle par son tuteur.

Mais il faut que cette déclaration soit faite à l'instant même

où la femme est devenue majeure, ou lorsqu'elle a connaissance de ce mariage si elle l'ignorait. Elle serait déchue de son droit si elle ne manifestait pas sa volonté de faire annuler son mariage en temps opportun et cela sans pouvoir invoquer l'ignorance qu'elle avait de son droit ou du laps de temps pendant lequel elle pouvait l'exercer utilement.

2° *La femme n'est pas vierge à sa majorité.* Son silence au moment de la majorité ou de la connaissance qu'elle a eue du mariage, n'est pas pour elle considéré comme une renonciation tacite au droit de demander la dissolution. Elle n'a pas à protester formellement pour garder son droit de faire annuler le mariage. Son droit d'option lui est maintenu et son action sera toujours recevable à moins qu'elle n'ait ratifié l'acte soit expressément soit tacitement. Cette différence de traitement s'explique par le fait que la femme encore vierge et par conséquent timide ne peut manifester son consentement au mariage que par le silence, tandis que l'autre, qui a perdu sa virginité, est présumée plus audacieuse et rien ne s'oppose à ce qu'elle manifeste expressément sa décision de rester unie.

e) Contrôle du « Ouali Aceb » sur le mariage de la femme majeure

Nous avons vu déjà que la femme majeure est libre de choisir son mari, à condition toutefois qu'il soit assorti et que la dot promise par le mari soit égale à la dot coutumière. Or, ces restrictions apportées à la liberté de la femme majeure de se marier sont justement celles qui limitent le droit du *ouali aceb* de la marier. Le *ouali aceb*, avons-nous dit, c'est le père ou l'aïeul paternel ou le fils ou le petit-fils, c'est-à-dire un des parents mâles dans la ligne directe.

En supposant qu'une femme majeure ait épousé librement un homme de son choix, mais qui ne lui est pas assorti ou qui a payé une dot minime, que peut faire le *ouali aceb* ? De deux choses l'une : ou le tuteur *aceb* a consenti ultérieurement au mariage et alors il sera considéré comme ayant renoncé à ses droits et l'acte de mariage sera valable ; ou bien ce tuteur n'a pas consenti au mariage ; il y aura alors lieu de distinguer entre le cas de mésalliance et le cas de dot inférieure à la dot coutumière.

a) Cas de mésalliance. — Si le mari n'est pas assorti, le mariage est nul dès son origine, de telle sorte qu'il est légalement considéré comme inexistant. L'article 52, reproduisant la règle établie, dit formellement que toute ratification postérieure ne saurait le rendre valable ; il est en quelque sorte mort-né ;

b) Cas d'insuffisance de la dot. — Si le mariage est contracté par une femme majeure avec un mari assorti mais moyennant une dot inférieure à la dot coutumière, le parent *aceb* aura le droit d'attaquer le mariage malgré sa validité. Il pourra exiger soit que le mari paye la différence qu'il y aurait entre la dot offerte et la dot coutumière, ou que le mariage soit annulé par le magistrat. Une femme qui n'a pas de parent *aceb* pour contrôler son mariage peut se marier librement, elle peut se mésallier ou accepter une lésion dotale.

Tout autre tuteur que le parent *aceb* aurait-il le même pouvoir que celui-ci ? Non. Le pouvoir de ratification du mariage et le droit d'en poursuivre l'annulation pour cause de mésalliance ou d'insuffisance dotale, n'appartiennent donc qu'au tuteur *aceb*.

§ 3. La formule du consentement

Le consentement au mariage n'a de valeur légale qu'autant qu'il est manifesté formellement. La déclaration du mariage *Idjab* par le proposant et son acceptation *Qaboul* doivent être exprimées verbalement, ouvertement, sans aucune ambiguïté. Il est vrai qu'aucune formule sacramentelle n'est exigée par la législation musulmane, mais il faut cependant, de l'avis de tous les rites, qu'il n'y ait aucun doute sur la décision des deux parties. Tous sont unanimes à exiger que la déclaration soit formulée dans des termes qui comprendraient l'un des deux mots « marier » ou « épouser » ou de leurs dérivés. Quant à l'acceptation, rien ne s'oppose, d'après les rites hanafite et malékite, à ce qu'elle soit formulée dans des termes contenant ou ne contenant pas un des verbes en question ou de leurs dérivés, mais indiquant clairement ce à quoi consent la partie qui acquiesce. Les deux autres rites, chaféite et hanbalite, exigent, comme pour la demande, la prononciation d'une parole dérivée des deux verbes « marier » ou « épouser » afin de ne donner lieu à aucune équivoque (1).

Nous estimons que cette dernière règle est celle qui offre le plus de garantie. L'acte de mariage est vraiment trop important et ses conséquences trop graves pour qu'on n'exige pas de la part des futurs conjoints la manifestation la moins équivoque de leur volonté. Point de doute possible chez les contractants et surtout chez les témoins sur l'inten-

(1) Minhadj At-Talibin. *Le Guide des zélés croyants*, manuel de jurisprudence musulmane selon le rite chaféite, par L. W. C. Van Den Berg, vol. II, p. 318 (édition 1883, Batavia, imprimerie du Gouvernement). Il est à remarquer que dans cet ouvrage les expressions arabes ne sont pas exactement traduites.

tion réelle du consentant lorsqu'il se sert des verbes mêmes « marier » ou « épouser », ou de leurs dérivés.

Nous reproduisons ici les lignes suivantes empruntées à Zeys et qui représentent très exactement les règles adoptées par les deux rites Hanafite et Malékite en ce qui concerne la formule du consentement réciproque des deux époux.

« La demande et l'acceptation ne sont soumises à aucune forme sacramentelle. Il suffit qu'il n'y ait pas d'ambiguïté. Il s'agit, en effet, de détruire la présomption légale en vertu de laquelle toute personne est présumée indépendante de toute autre personne ; d'où la nécessité de manifester clairement l'intention où l'on est de nouer les liens du mariage entre soi et une personne de sexe différent.

« Aussi doit-on employer l'impératif ou le prétérit pour la demande, le prétérit pour l'acceptation. En effet, le prétérit indique une action dont l'accomplissement est à ce point certain qu'on peut la considérer comme déjà accomplie au moment où l'on parle. L'aoriste, au contraire, exprime une action qui, bien que commencée dans le présent, n'est pas encore achevée, qui dure dans le moment actuel, et qui se continuera. De là, le mélange du présent et du futur, et ce mélange serait une cause d'ambiguïté (1).

« Ainsi, le père de la femme dira : « Je vous ai donné en mariage une telle. » Le mari répondra : « Je l'ai acceptée. » Ou bien l'homme prenant l'initiative — car l'ordre dans lequel la demande et l'acceptation sont faites n'a rien d'obligatoire — dira : « Donnez-moi une telle en mariage. » A quoi on répondra : « J'y ai consenti. (2) »

Consultation de la femme. — Il a déjà été expliqué que

(1) Dans la grammaire arabe l'aoriste remplit les fonctions du présent et du futur.

(2) Zeys, *op. cit.*, p. 21.

la femme libre et majeure, « *bikr* » ou « *saïb* », c'est-à-dire vierge ou non, ne peut être contrainte au mariage ; elle doit être consultée et appelée à donner son consentement soit avant le mariage, soit après sa conclusion. Mais il faut faire ressortir que cette conclusion est soumise à une condition suspensive qui est la confirmation de l'acte par la femme. Le pouvoir de conclure sous condition suspensive le mariage d'une femme n'est pas exclusivement réservé au *ouali ;* toute personne *ouali*, tout mandataire ou tout tiers quelconque irrécusable peut commencer des pourparlers soit préliminaires, soit définitifs, en vue de marier une femme majeure sauf à obtenir d'elle son acceptation ou ratification ultérieure. La formation de l'acte dépend donc de la décision que prendra la femme une fois consultée avant le mariage ou informée de l'accord conclu sans elle.

La façon dont le consentement pourra être légalement manifesté variera suivant que la fiancée est vierge (*bikr*) ou qu'elle ne l'est pas (*saïb*).

a) *La fiancée est-elle vierge ?* Si, consultée ou instruite par un proche parent, elle se tait volontairement après avoir eu connaissance du mariage auquel on la destine, ou qui a été conclu pour elle, et de la valeur de la dot offerte ou promise ; ou bien encore si elle sourit ou rit sans moquerie, ou si elle pleure sans cris ; toutes ces attitudes constitueront un consentement tacite au mariage offert ou une ratification du mariage conclu en dehors d'elle.

Bien entendu l'interprétation de toutes ces différentes attitudes dans le sens d'une acceptation est une pure question de fait et comme telle appréciée souverainement par le juge.

Mais si celui qui consulte la fille vierge est un parent éloigné ou un tiers quelconque, la loi exige que le consentement soit manifesté explicitement sinon expressément par un acte qui le fasse indubitablement présumer : la femme

demande, par exemple, à avoir les cadeaux offerts ou la dot payée.

Sont assimilées à cette fille vierge :

1° La femme qui perd sa virginité par accident ou par toute autre cause : maladie, blessure, opération chirurgicale, etc. ;

2° La femme séparée de son mari par décès ou par répudiation avant toute cohabitation ;

3° La femme qui a été défloréе hors mariage sans avoir subi pour ce fait la peine infamante.

Cette dernière assimilation se justifie par la crainte de voir une femme, réputée vierge, puisque sa faute, non répétée, n'a pas été divulguée, traitée comme celle dont les écarts ont été fréquents, réprimés, et par suite connus.

Ainsi donc, il suffit pour qu'une jeune fille vierge ou réputée telle soit mariée, qu'elle ne refuse pas catégoriquement un mariage qui lui est proposé par un parent proche ou qu'elle ne proteste pas. La loi suppose qu'un parent proche doit avoir assez à cœur le bonheur d'une jeune fille qui le touche de près pour ne lui proposer qu'un mari digne d'elle. Une collusion est moins à redouter que dans le cas où le choix du mari provient d'un parent éloigné ou d'un étranger.

b) La fiancée n'est pas vierge. Ici il n'y a pas à rechercher si la personne qui consulte la femme « *saïb* » (non vierge) est un proche parent ou non. Pour elle, le consentement doit être dans tous les cas exprimé ou manifesté d'une manière explicite non équivoque comme pour la fille vierge interrogée par un parent éloigné ou un tiers quelconque. La règle « qui ne dit mot consent » ne peut lui être appliquée. Moins timide que la jeune fille, elle est censée pouvoir répondre franchement si le mariage qu'on lui propose lui sourit ou ne lui plaît pas.

Sont considérées comme « *saïb* » :

1° Les femmes veuves, répudiées ou divorcées après cohabitation;

2° La femme dont les désordres ont été répétés ou réprimés par une condamnation infamante;

3° Celle qui a cohabité par erreur ou par suite d'un mariage entaché de nullité radicale.

En somme, en Égypte une femme devient majeure, quant à sa personne, par la puberté. Vierge ou non, elle se marie librement et sa virginité n'influe que sur la forme extérieure de son consentement.

§ 4. Des conditions requises pour la conclusion de l'acte de mariage

Le mariage en droit musulman, avons-nous dit, résulte d'une déclaration formelle faite par l'une des parties contractantes, suivie d'une acceptation non moins formelle par l'autre.

Qui peut déclarer et qui peut accepter? La déclaration du mariage peut être faite, dit l'article 5 du Code du S.P.E., indifféremment par l'un ou l'autre des époux ou par leurs mandataires, s'ils sont capables, ou par leurs tuteurs (*oualis*) s'ils sont incapables. L'acquiescement au mariage peut être fait par les mêmes personnes.

Reste alors à savoir quelles sont les conditions de forme et de fond requises par la loi pour donner une valeur légale à ces deux actes formulés de part et d'autre.

Nous distinguerons dans cette étude :

1° Les conditions nécessaires pour la formation de l'acte;

2° Les conditions requises pour la validité du mariage.

a) **Conditions requises pour la formation de l'acte**

Forme du consentement. — Bien entendu un mariage sans consentement est nul. Mais quelle forme doit être donnée à ce consentement? En principe il doit être verbal et non équivoque, nous l'avons déjà dit.

Quand les deux parties contractantes ou leurs représentants sont en présence l'une de l'autre, il faut :

1° Que chacune d'elles entende les paroles de l'autre ; déclaration et acceptation sont ou ne sont pas exprimées dans la même langue ; il suffit que les parties sachent parfaitement qu'il s'agit de contracter mariage, dans le cas où le contrat ne se ferait pas en langue arabe ; car dans ce dernier cas la loi exige l'emploi de certains mots au moins pour la demande en mariage ainsi que nous l'avons déjà dit.

2° Il faut en outre que les deux actes aient lieu dans la même séance, quelque longue qu'en soit la durée, et que l'attention des deux parties n'ait pas été détournée par une autre discussion étrangère à la question du mariage qu'il s'agit de conclure.

Il s'ensuit donc que, si les parties ou représentants sont présents, le consentement doit être donné séance tenante. Le contrat se forme par l'échange immédiat des deux volontés.

3° Enfin il faut que l'acceptation ne diffère point de la déclaration. C'est une condition que l'évidence et le sens commun dictent. Si l'acceptation différait de la déclaration, il n'y aurait point consentement, partant point de mariage.

Néanmoins, si l'acceptation non conforme à la déclaration ne peut pas porter préjudice à la partie déclarante, ce désaccord de volonté n'empêche pas le mariage de se former. D'ailleurs quel motif pourrait-on invoquer par exemple

pour justifier la nullité d'un mariage déclaré par un fiancé qui offrirait comme dot cent livres et que la jeune fille accepterait moyennant une dot de cinquante livres seulement ?

b) **Conditions requises pour la validité de l'acte de mariage**

En supposant que les conditions ci-dessus indiquées et nécessaires à la formation du mariage soient remplies, il faut en outre pour que l'acte soit valide :

A) Qu'il n'y ait aucun empêchement ou prohibition de mariage entre les époux ;

B) Que l'acte soit contracté en présence de deux témoins.

A) **Empêchements dirimants au mariage**. — Les empêchements dirimants au mariage sont des obstacles légaux qui se dressent devant la formation de l'acte de mariage, pour prohiber sa formation. Tout mariage contracté malgré l'un de ces empêchements, est absolument nul, que les parties aient agi de bonne ou de mauvaise foi. Point n'est besoin pour elles d'obtenir un jugement pour le faire déclarer inexistant. Par simple avis, chacune d'elles peut se délier du mariage. Ce mariage, ainsi rompu, n'engendre aucune obligation, si toutefois il n'a pas été consommé. Ces empêchements sont perpétuels ou temporaires.

a) Empêchements perpétuels. — Parmi ces empêchements perpétuels au mariage on distingue :

1° *La parenté légitime.* — Le mariage est interdit à l'infini entre tous parents en ligne directe ascendante et descendante. En ligne collatérale il est prohibé entre le frère et la sœur, entre le neveu et la tante ou la grand'tante, entre la nièce et l'oncle ou le grand oncle (1). Mais le mariage

(1) Marcel Morand. *Avant projet de Code algérien*, article 8 qui présente les mêmes règles que l'article 22 S. P. E., sauf qu'il est mieux rédigé.

entre cousins et cousines paternels ou maternels n'est pas prohibé.

2° *L'alliance.* — Il est interdit à l'homme d'épouser la fille de la femme avec laquelle le mariage a été contracté et consommé. Il ne lui est pas non plus permis d'épouser la mère de la femme avec laquelle il a valablement contracté le mariage, ni sa bru, ni sa belle-mère, c'est-à-dire la femme de son père, même en cas de non consommation du mariage de celui-ci. Quiconque aussi a eu des relations illicites avec une femme ne peut épouser ni la fille ni la mère de son ancienne maîtresse ; de plus celle-ci ne pourra devenir la femme légitime du père ou du fils de celui avec lequel elle a eu le commerce illicite ; mais ceux-ci pourront se marier avec la fille ou la mère de cette femme.

3° *La parenté de lait.* — Cette parenté crée les mêmes empêchements que la parenté légitime et l'alliance sauf quelques exceptions se justifiant par cette considération que le motif pour lequel la parenté par alliance est un empêchement fait défaut. Nous citerons à titre d'exemple de ces exceptions la faculté pour un homme de se marier avec la sœur de lait de son fils ou de sa fille. Si cette sœur de son fils était sœur légitime utérine ou belle-sœur de son fils, elle serait pour cet homme la fille de sa femme ou la femme de son fils. Son mariage avec elle serait interdit dans les deux cas, tandis qu'il ne peut l'être si la parenté ne résulte que de l'allaitement.

b) Empêchements temporaires. — Quant aux empêchements temporaires, ils sont de six sortes :

1° La parenté par alliance est un empêchement temporaire quand il s'agit du mariage d'un homme avec la sœur, ou la nièce de la femme avec laquelle il est uni par le lien du mariage, ou qu'il a répudiée et qui n'a pas encore accompli le temps prescrit pour la retraite ; mais si la femme qui

produisait l'empêchement venait à mourir ou si elle était répudiée et sortie de la retraite l'empêchement prendrait fin.

2° La femme déjà mariée — prohibition d'ailleurs admise dans toutes les législations. La femme enceinte dont la grossesse a été reconnue par son auteur ne pourra être mariée qu'après l'accouchement. Si la grossesse est le résultat d'un commerce illicite, le mariage est possible, mais la cohabitation ne pourra avoir lieu qu'après l'accouchement à moins que ce ne soit l'auteur même de sa grossesse qui l'épouse.

3° La femme en état de retraite légale *Edda* soit répudiaire soit viduaire ; cette disposition a pour but d'éviter toute confusion de part, et de permettre, le cas échéant, au mari de reprendre la femme répudiée.

4° La femme répudiée par trois, c'est-à-dire définitivement et à la suite de trois manifestations verbales ou écrites de la part du mari du désir de répudier sa femme, ne pourra être reprise par son mari qu'après qu'elle aura été légitimement mariée à un autre et répudiée ensuite, ou que son nouveau mari sera décédé. Aussi donc, ce qui est une condition de validité du remariage entre eux des deux époux musulmans divorcés est justement un obstacle pour celui de deux époux français également désunis par le divorce (art. 295 C. C. F., modifié par la loi du 5 avril 1919). La mort du mari intérimaire dans la législation française comme dans la nôtre permet aux anciens époux de se remarier.

5° Il est défendu à tout individu ayant quatre femmes légitimes d'en épouser une cinquième avant d'avoir répudié une des quatre et attendu que le terme de la retraite répudiaire soit expiré.

6° Les femmes idolâtres, les mages ou adoratrices du feu, et les sabéennes ou adoratrices des astres, dont la croyance

n'est fondée sur aucun livre saint, ne peuvent être épousées par les musulmans tant qu'elles persévèrent dans cette croyance. Le musulman peut donc se marier avec une chrétienne ou une israélite ; ce cas est d'ailleurs assez fréquent.

B) **La présence des témoins.** — La présence des témoins lors de la conclusion de l'acte de mariage est requise *ad solemnitatem*, du moins chez les hanafites. Ceux-ci estiment que la présence de ces deux témoins est suffisante pour rendre l'acte public, résultat qu'on obtient en droit français au moyen de l'affichage et des publications et de l'admission du public (lois du 21 juin 1907 et du 9 août 1919). Un *hadith* du Prophète dit : « Pas de mariage sans témoins ». Le mariage est un acte trop important pour qu'on n'exige pas pour sa formation la présence de deux personnes au moins : deux hommes ou bien un seul homme avec deux femmes. Mais pour que leur témoignage, en tant que preuve soit admissible judiciairement, il faut qu'il réunisse les conditions suivantes :

1° Les témoins doivent être majeurs, sains d'esprit, libres et enfin musulmans, s'il s'agit du mariage d'un musulman avec une musulmane.

2° Ils doivent en outre entendre les déclarations des deux parties ou de leurs représentants et comprendre de la façon la plus claire qu'elles s'unissent par le mariage : conséquemment le sourd, l'homme qui dort, celui qui est en état d'ivresse et de ce fait ne saisit rien de ce qu'il entend, ne remplissant pas les conditions requises d'audition et de compréhension, ne peuvent servir de témoins instrumentaires au mariage, et l'acte passé en leur présence n'est pas valable.

Les deux conditions précitées requises en la personne des

témoins au mariage pour l'acte valide sont nécessaires mais suffisantes. La cécité n'est pas comme la surdité un défaut excluant le témoignage de l'aveugle, pas plus d'ailleurs que l'irreligion ou la parenté avec l'un des conjoints : aveugles, irreligieux, ou parents des époux, peuvent légalement servir de témoins instrumentaires au mariage.

Bien entendu, tout ce que nous venons de dire concerne le rite hanafite. Les autres rites, et, en particulier, le chaféite, sont plus exigeants que le hanafite quant aux conditions que doivent remplir les témoins. Ceux-ci doivent, selon eux, en effet, être tous deux du sexe masculin, irrécusables, et s'acquitter fidèlement de leurs devoirs religieux (1).

Les chaféites et malékites estiment que la présence des témoins est exigée non seulement *ad solemnitatem*, mais encore *ad probationem*. Les hanafites, au fond, admettent aussi cette double condition lorsque l'acte a besoin d'être prouvé. Ainsi, en cas de dénégation du mariage par l'un des époux ou de contestation le concernant, le témoignage des deux témoins instrumentaires n'est pas admis s'ils ne réunissent pas les conditions qu'exige la loi pour les témoins judiciaires. Ainsi, ceux qui ont assisté au mariage de leur père, ne seraient pas admis à déposer en sa faveur, mais bien contre lui ; ceux qui ont assisté au remariage de leur père et mère précédemment divorcés, ne peuvent déposer ni pour le père ni pour la mère, lorsque ce nouveau mariage est à prouver.

La présence, en droit musulman, d'un seul témoin masculin est suffisante quand le père est présent au mariage de sa fille majeure, mariage auquel elle a personnellement consenti et que le père approuve. Mais est-il vrai de dire, comme certains l'affirment, qu'il n'y a dans ce cas qu'un seul témoin ?

---

(1) Zeid Bey, *op. cit.*, t. I, p. 17 et s.

Au fond, il y a deux témoins présents et le but de la loi est atteint : La fille, étant en effet majeure, et présente, consent elle-même à l'acte ; son père n'est que son porte-parole, un simple mandataire chargé d'une mission toute spéciale, celle d'exprimer les dires de sa fille et d'interpréter sa volonté que la timidité ou la confusion l'empêche de manifester en personne. Le père fait ici, en réalité, l'office de second témoin.

Le cas est identique lorsque le père, voulant marier sa fille mineure, délègue ses pouvoirs à une autre personne pour consentir au mariage en sa présence à lui père ; dans ce cas, s'il n'y a qu'un seul témoin masculin, le père sera considéré comme second témoin, et l'acte sera valable.

§ 5. **Mariage par mandataire**

La femme majeure, aussi bien que l'homme, a le droit de contracter le mariage par mandataire. Le même droit est accordé au père et aux autres personnes ayant la tutelle sur la personne. Ils peuvent se faire représenter dans le mariage de leurs pupilles. Le mandat peut être donné verbalement ou par écrit, sans qu'il soit nécessaire pour sa validité de le donner devant témoins. La présence de témoins sera nécessaire *ad probationem* et non *ad solemnitatem*.

Le mandat est en principe personnel, de telle sorte que le mandataire n'a pas le droit de déléguer ses pouvoirs en tout ou en partie à un tiers, à moins que ses pouvoirs ne soient absolus et discrétionnaires.

Le mandataire ne possède point l'autorité d'outrepasser les limites de son mandat ; s'il le fait, l'acte ne devient exécutoire que par la ratification.

Le mandataire n'est pas responsable de l'exécution de l'acte pour lequel mandat lui avait été donné ; il n'est tenu,

ni envers le mari de lui livrer sa femme, ni envers la femme de lui payer sa dot à moins qu'il n'en ait cautionné le paiement.

Par ce qui précède on voit que les règles relatives au mandat en matière de mariage ne diffèrent en rien des règles de mandat d'après le droit civil (512-531 C. C. I., 625-652 C. C. M., 1984-2010 C. C. F.).

Section IV

Opinions des autres rites sur le mariage de la femme

Nous avons jusqu'ici parlé du consentement de la femme d'après le rite hanafite en pratique en Egypte. Les autres rites présentent, avec le rite hanafite, des différences fondamentales.

Le rite Malékite. — D'après l'Imam Malek, la fille, ayant son père ne peut se marier que par lui; seule, elle n'a point ce droit quelque âgée qu'elle soit. Le père peut confier ce droit à un exécuteur testamentaire, qui aura à l'exercer après sa mort et conformément à sa volonté. *Khalil* exige dans la circonstance que le père ait désigné en même temps, soit l'individu auquel il désire que sa fille soit mariée, soit l'époque à laquelle il entend que le mariage ait lieu (1).

La fille défiorée par suite d'un cas fortuit ou d'un acte illégitime est assimilée à une fille vierge; c'est-à-dire que son père a sur elle ce qu'on appelle le droit de *Djebr* ou de contrainte.

(1) L. Milliot. *Étude sur la condition de la femme musulmane au Maghreb*, p. 77.

A défaut du père ou d'un tuteur testamentaire, le droit de marier l'orpheline appartient au cadi sous certaines conditions : Il faut qu'elle soit au moins âgée de dix ans révolus et qu'il y ait à craindre qu'elle ne perde son honneur ou qu'elle soit dans l'indigence, et il faut, en outre, qu'elle soit encore consultée. Ce droit de contrainte donné au cadi, on le voit, est loin d'être absolu.

Il en est de même pour l'aliéné de l'un ou de l'autre sexe. Le cadi, en effet, à défaut du père et du tuteur testamentaire exerce le droit de contrainte sur le fou (1).

Le droit de contrainte du père de marier sa fille souffre quelques exceptions (2) :

1° La vierge nubile et émancipée. Le père est dans ce cas astreint à obtenir son consentement.

2° Celle à laquelle le *ouali* refuse injustement le mariage. Elle peut saisir le cadi pour mettre fin à l'abus du droit de contrainte, elle est assimilée dans ce cas à une orpheline.

3° Celle que l'on veut marier à un esclave. C'est dans le but d'éviter une mésalliance que le droit de contrainte ne peut pas s'exercer librement. Dans un mariage de la sorte, la femme doit consentir expressément.

4° Celle que l'on veut marier à un individu atteint d'une maladie contagieuse ou longue à guérir (folie, lèpre, vitiligo, etc.). Un mariage pareil ne peut être imposé à la fille. Si son père essayait de l'obliger à contracter un tel mariage, elle pourrait avoir recours au cadi pour enfreindre la volonté paternelle.

Le droit de contrainte n'a pas lieu à l'égard d'une fille nubile déflorée du fait d'un précédent mariage.

Mais, dans ces cas, la femme doit donner son consentement par l'intermédiaire d'un *ouali*. Ce n'est plus seule-

(1) Zeys, *op. cit.*, p. 40-41.
(2) *Ibid.*, p. 23 et s.

ment le père ayant le droit exclusif de contrainte dont nous avons déjà parlé, c'est plutôt un représentant chargé de compléter la capacité de la femme.

L'ordre des *oualis* pour représenter la femme est le suivant :

a) Le fils né d'un précédent mariage ;

b) Le petit-fils ;

c) Le père qui n'aurait pas le droit de *Djebr* ;

d) Le tuteur qui n'aurait pas été investi du droit du *Djebr* ;

e) Le frère ;

f) Le neveu ;

g) L'aïeul paternel ;

h) L'oncle paternel ;

i) Le cousin ;

j) L'affranchi ;

k) Le tuteur officieux « *ouaci* », et enfin tout autre musulman.

Clavel dit qu'il y a controverse en doctrine et en jurisprudence en ce qui concerne l'admission du tuteur « *ouaci* » à la « *oualaïat* » (tutelle sur la personne). Alger 1er mai 1867 - 18 juin 1872 (1).

Le rite Chaféite. — Les règles, dans le rite chaféite, en ce qui concerne la capacité de la femme à marier, présentent beaucoup d'analogie avec les règles déjà citées pour le rite malékite.

L'ordre à suivre dans la représentation « *oualaïat* » de la femme dans le mariage est le suivant :

a) Le père, puis le grand-père ;

b) Le frère, puis son fils, sans qu'il y ait de priorité pour le frère germain sur le frère consanguin ;

---

(1) Clavel, *op. cit.*, t. I, n° 46.

c) L'oncle, puis son fils ;

d) Les autres *agnats* dans l'ordre où ils sont appelés à la succession ;

e) Le souverain ou le cadi délégué par lui.

Le fils, tout en étant le plus proche parent, ne peut donner en mariage sa propre mère, puisque la tutelle ne passe point dans la ligne descendante ; il le pourrait seulement dans le cas où il serait aussi fils du fils de l'oncle paternel de sa mère, ou à titre de juge représentant le souverain.

Le père peut disposer de la main de sa fille sans qu'il ait besoin d'obtenir son consentement pourvu qu'elle soit vierge. Ce droit, contrairement au rite malékite, est reconnu au grand-père paternel à défaut du père. Cependant, il est toujours recommandable de la consulter au sujet de son futur époux. Si le père a disposé de la main de sa fille pendant sa minorité, celle-ci ne saurait être livrée à son époux avant d'avoir atteint l'âge de la puberté (1).

Le rite Hanbalite. — Lui aussi ressemble, dans ses règles concernant le mariage des femmes, aux deux rites précédents, malékite et chaféite. Le père a, en effet, le droit de marier sa fille vierge, même nubile, et sa fille aliénée sans tenir compte de leur volonté. Le tuteur testamentaire pour le mariage a aussi le même droit.

Quant aux femmes majeures déflorées en général, leur consentement est indispensable, même en ce qui concerne le père ou l'exécuteur testamentaire.

Cependant, la représentation de la femme est de rigueur dans ce rite comme dans les deux précédents. A cet effet, il faut suivre l'ordre qui suit :

---

(1) Van Den Berg. *Guide des zélés croyants, op. cit.*, t. II, p. 322-323. *Le Précis d'Al Ghazali « Al Wadgiz »*, Imprimerie Al Moyad du Caire, t. II, p 5-6.

Le père ;

Le grand-père paternel ou aïeul ;

Le fils ou le petit-fils ;

Le frère germain, le frère consanguin, puis leurs fils ;

L'oncle germain, puis l'oncle consanguin, puis leurs fils ;

Les *agnats* dans l'ordre où ils sont appelés à la succession ;

Le souverain ou son délégué (1).

Conclusion. — De l'examen des règles différentes dans les quatre rites relatives au consentement de la femme pour le mariage, il résulte que le rite hanafite est le plus pratique et le plus conforme à une époque civilisée comme l'époque actuelle où les droits de la femme doivent être élargis. Ce rite donne, en effet, beaucoup plus de liberté à la femme pour choisir son futur. Cette liberté est presque parfaite ; elle n'est, d'ailleurs, restreinte que dans l'intérêt même de la femme pour que son choix soit à juste titre surveillé par les parents qui en ont le droit.

---

(1) Mansour Ibn Younès Al Bahoukty. *Al-Raoud Al-Morabaa*, t. II, p. 140.

CHAPITRE II

De la dot

Notions générales. — La dot, en droit musulman, consiste dans le don nuptial qu'on stipule ordinairement dans le contrat de mariage en faveur de la femme (1). D'aucuns ont cru à tort voir dans la dot une contre-prestation fournie par le mari en échange de la personne de la femme mise à sa disposition, une sorte de rémunération de la puissance acquise sur la femme. Rien n'est moins vrai. L'Islam ne voit dans le mariage ni échange ni vente de quoi que ce soit; tout au contraire, le mariage ne se conclurait pas, d'après

(1) La dot appelée en droit musulman *mahr* ou *sadak* n'a rien d'analogue à la dot en droit français. On appelle dot en France une masse de biens apportés par la femme ou par un de ses parents et mise à la disposition du mari tandis qu'en droit musulman la dot consiste dans la masse de valeurs fournies ou à fournir par le mari à la femme. La dot musulmane ressemble donc à la *donatio propter nuptias*, en droit romain, et à la dot *ex marito*, dans l'ancien droit germanique. (J. Brissaud, *Manuel d'histoire du Droit privé*, p. 717 et s.) Le morgengabe ou don du matin qui consistait, dans l'ancien droit français, dans certains cadeaux qu'il était d'usage que le mari fît à la femme le lendemain du mariage (Brissaud, p. 720), a beaucoup de ressemblance avec ce qui est suivi jusqu'à présent dans certains pays musulmans.

certains rites, si on employait le terme « vente ». *Abou Hanifa*, lui, le considère comme valable dans ce cas, mais c'est en prenant le mot vente au figuré. Les hanafites admettent, en effet, que la femme, afin de bien montrer à son futur époux, qu'elle lui sera entièrement dévouée, puisse dire : « Je me suis vendue à vous. » Le mot « vente » n'est donc pas employé au sens juridique.

La constitution de dot est donc une sorte de donation faite à la femme au moment du mariage pour la relever et pour procurer une certaine satisfaction morale à l'époux. Le trousseau et le mobilier qu'apporte généralement la femme au foyer conjugal ont une valeur pécuniaire bien supérieure à la dot payée par le mari. Dans ces conditions, comment peut-on concevoir que la femme musulmane est achetée par son époux ?

Clavel, dans son ouvrage sur le droit musulman (T. I., n° 61), considère la dot comme un pécule mis à la disposition de la femme, et qui constitue à son profit une garantie d'indépendance, une sécurité d'avenir en cas de répudiation ou de veuvage.

Nous n'admettons pas non plus cette conception de la dot. Il nous semble que si la dot avait principalement pour but d'assurer l'avenir de la femme en cas de répudiation ou de veuvage, si elle était considérée, par le législateur, comme une sorte d'indemnité devant réparer le préjudice que causera à la femme la mort de son mari ou la répudiation, les règles qui concernent la dot seraient mieux établies qu'elles ne le sont. La constitution de dot a si peu le caractère d'une assurance en cas de répudiation ou de veuvage que la femme peut exiger la stipulation qu'elle touchera la dot intégrale avant même la consommation du mariage ou à une courte échéance après elle, et pourra en disposer comme bon lui semble. Indemnité suppose dommage et s'il n'y a pas dom-

mage qu'on répare en payant la dot, il n'y a donc aucune idée de réparation dans la stipulation de la dot. Nous ajouterons même que dans le Coran il est dit formellement : « Assignez à vos femmes leurs dots à titre de donation, et, s'il leur plaît de vous en abandonner quelque chose de plein gré, jouissez-en commodément à votre aise » (1).

§ 1. De la valeur dotale et des choses susceptibles d'être constituées en dot

La dot n'a pas de maximum, elle peut être considérable, comme elle peut être d'une minime importance. Son chiffre est fixé au moment de l'accord (dot conventionnelle), ou n'est pas déterminé et dépendra de la condition sociale des époux et des usages (dot coutumière).

Il n'est pas du tout indispensable que la dot soit en numéraire, elle peut être constituée en immeubles, en effets mobiliers, bijoux, bestiaux, choses fongibles et même en usufruit de ces biens, meubles ou immeubles (Art. 71 C. S. P.). Il est même souhaitable que cet usage soit modifié par l'introduction de la constitution de la dot immobilière ou en usufruit d'un immeuble, afin de resserrer davantage les liens matrimoniaux par l'établissement entre les deux époux du noyau d'une société, au développement de laquelle ils seront enclins à travailler.

Cependant l'assignation en dot d'une chose illicite n'influe en aucune façon sur la formation de l'acte de mariage qui n'en est pas moins valable. La femme exigerait de son mari, dans les cas pareils, la dot coutumière.

---

(1) *Coran*, chapitre IV, verset n° 3. Casimirisky a traduit inexactement ce passage en disant : « Assignez librement à vos femmes leurs dots, etc. »; il n'a pas reproduit le sens exact du mot *Nehla* qui veut dire « à titre de donation, de libéralité ».

Tous les objets qui n'ont pas de valeur en eux-mêmes, tel que le cadavre d'un animal non égorgé, et les choses qui ne sont pas susceptibles d'être légitimement possédées par les musulmans, telles que les boissons alcooliques, ne pourront pas être valablement assignées en dot. Mais quelle serait la valeur d'un acte de mariage qui contiendrait une stipulation de dot de ce genre ? Les rites sont loin d'être d'accord : Les hanafites considèrent l'acte comme valable, mais l'assignation nulle, et le mari doit dans ce cas payer la dot coutumière. Les malékites, au contraire, déclarent nul tout mariage de ce genre (1).

D'après les chaféites, le mari qui a promis, à titre de don nuptial, des choses qui ne sont pas matière à obligation, doit le don nuptial proportionnel, d'après les uns, ou la dot coutumière d'après d'autres (2).

Les hanbalites adoptent la règle déjà exposée des hanafites (3).

Le montant de la dot monnayée ou de la dot en nature n'est fixé également que quant à son minimum. Le minimum, en effet, doit être de dix dirhams ou talents en argent pesant 7 miskals monnayés ou non monnayés (5 à 6 fr.). C'est une valeur insignifiante qni est à la portée des classes les plus pauvres. Les malékites sont encore moins exigeants, ils admettent trois dirhams (1 fr. 50) comme minimum. Les deux rites chaféite et hanbalite ne fixent pas de minimum, et, de cette façon, quelque bas que soit le montant de la dot, celle-ci est valable, pourvu que la valeur fixée puisse servir comme prix de la chose la moins chère. *Minhadj At-talibin* s'explique ainsi : « Tout ce qui peut se vendre légalement peut servir de don nuptial. » (T. I., p. 375.)

---

(1) Clavel, *op. cit.*, t. I, p. 63.
(2) El Chazali, *op. cit.*, t. II, p. 27.
(3) Ibn Younous Al Bahoukty, *op. cit.*, t. II, p. 146.

Mais en pratique les dots dérisoires n'existent pas en Egypte. On ne voit presque jamais une dot inférieure à sept livres et demie dont le *naqd* est de cinq livres.

Clavel rapporte (T. I., n° 63) le fait d'un mariage contracté moyennant une dot de cinquante francs, qui a été annulé par jugement du cadi de Tlemcen du 23 novembre 1864, parce que contenant une constitution de dot inférieure au quantum en usage dans le pays. Le même auteur fait allusion à plusieurs décisions rapportées par Sautayra et Cherbonneau, n° 72, dans le même sens. Pour notre part, nous doutons fort qu'une telle jurisprudence puisse s'établir en Egypte. Ici, la liberté de fixer la dot d'après le rite hanafite est parfaite, sauf en ce qui concerne le minimum. Toutefois cette dernière restriction, que les tribunaux appliqueraient assurément, n'est que théorique et elle ne présente aucune importance vu que le rite en question n'exige pas que la dot soit payée en tout ou en partie, avons-nous dit, avant le mariage.

N'ayant pas de maximum légal, la dot constituée au profit de la femme peut être considérable, et, si élevée soit-elle, le mari, qui l'a promise, est tenu de la payer à l'échéance.

Mode de paiement de la dot. — Quant au paiement de la dot, il peut être fait intégralement avant ou au moment de la célébration du mariage ou ultérieurement à échéance plus ou moins longue. En pratique, on partage la dot en deux fractions dont l'une est payée au moment de l'acte et l'autre à terme variable suivant les localités. En Egypte, par exemple, le système généralement suivi est celui de payer les deux tiers avant ou au plus tard au moment de la formation de l'acte de mariage, et le tiers restant à la dissolution du mariage, soit par la mort de l'un des époux ou par la répudiation.

Dans le Maghreb, le *naqd*, c'est-à-dire la partie de la dot payable d'avance, est de la moitié (1). Cette méthode répond mieux au but de la loi ; car, si le mariage vient à être dissous avant sa consommation, il n'y aura pas lieu en principe à restitution, la moitié de la dot payée restant à la femme.

Selon le but de la dot, le mari devrait la payer intégralement avant la consommation du mariage ; mais le Coran et la Sounnah n'ayant rien prescrit à cet égard, les jurisconsultes de leur côté ne voulurent pas établir des restrictions là où les deux principales bases fondamentales de la législation sont silencieuses. Les parties sont donc libres d'agir comme bon leur semble ; cependant l'habitude de payer par anticipation une partie de la dot est tellement bien prise en Egypte que ceux qui ne sont pas au courant des principes religieux croient fermement que le versement des deux tiers de la dot fixée est une règle dogmatique.

§ 2. **Droit de la femme à la dot**

Dès que le mariage est valablement contracté, la femme a droit à la dot. Il n'est pas indispensable de stipuler dans le contrat de mariage le montant de la dot, on peut même n'y pas faire allusion ; la femme, dans ce cas, aura droit à la dot coutumière, ainsi qu'il sera expliqué plus loin.

Le montant de la dot à laquelle la femme a droit par le fait même de la conclusion de l'acte de mariage varie suivant les cas :

1° Si la dot stipulée est de dix dirhams le mari doit payer la dite somme comme dot minima quelle que soit la condition des époux.

---

(1) L. Milliot, *op. cit.*, p. 109, n° 67.

2° Si la dot stipulée est inférieure à cette somme (dix dirhams), les docteurs ne sont pas d'accord sur la solution à donner. D'après les uns la stipulation est nulle et de nul effet. La femme aura droit à la dot coutumière. Pour eux, accepter moins de dix c'est tacitement accepter la dot coutumière et le mari est censé promettre celle-ci. D'autres estiment que la femme, en acceptant une somme inférieure à dix dirhams, manifeste sa volonté d'accepter les dix, dot minima. Ici consentir sur moins de dix, suppose l'accord sur le minimum légal. C'est cette dernière opinion qui fut adoptée par le Statut personnel égyptien.

3° Si la dot n'est pas déterminée dans l'acte, la femme aura droit à la dot coutumière. Il en est de même dans les cas suivants :

a) Lorsque le mari ou son tuteur a constitué en dot des choses illicites ou des animaux ou des objets sans en déterminer l'espèce et la qualité ;

b) Quand le mari aura stipulé la non constitution de dot;

c) Quand le mariage est conclu par « *Chighar* » ou compensation (1) ;

d) Quand le mari s'est engagé envers la femme à lui enseigner le Coran pour toute dot. Cependant ce dernier cas est contesté, car les docteurs récents ont admis que l'enseignement du Coran n'est pas l'exercice d'un sacerdoce, mais un service qui peut être rendu moyennant une rémunération, laquelle peut être substituée à la dot. Donc, selon eux, si le mari a exécuté sa promesse, la femme ne pourra exiger en outre la dot coutumière.

---

(1) Le mariage par *chighar* ou par compensation est, dit l'article 15 c. s. p., valable et chacune des deux femmes aura droit à la dot coutumière. Le mariage *chighar* est celui dans lequel un homme marie sa fille ou sa sœur à un homme sans dot, pour épouser la fille ou sœur de celui-ci en compensation (v. aussi p. 18).

a) La dot coutumière

Comme son nom l'indique, la dot coutumière varie, quant à son montant, selon les usages des divers pays et la condition sociale des parties.

Sur quoi reposera la fixation de cette dot ? L'article 78 C. S. P. répond à cette question en établissant à ce sujet et à titre d'exemples certaines règles.

Il faut trouver à la femme à doter, et dans la famille de son père si possible, une femme qui lui soit aussi égale que possible aux points de vue de l'âge, de la position sociale, de la fortune, de la vertu, de l'intelligence, de la beauté, de la virginité, de l'éducation et de l'instruction, en un mot de toutes qualités qu'on apprécie généralement dans une épouse. La dot normale qu'a eue cette femme, prise comme terme de comparaison, sera la dot coutumière qu'il faudra attribuer à la future.

Si plusieurs femmes mariées de sa famille paternelle peuvent lui être comparées, quelle est celle dont la dot sera acceptée comme dot coutumière ? Celle qui est parente de son père au plus proche degré : sa sœur germaine ou consanguine de préférence à sa tante paternelle et à *fortiori* à sa cousine germaine et ainsi de suite.

Si dans la parenté paternelle aucune femme mariée ne lui est comparable, on devra la chercher dans la parenté maternelle en excluant toutefois celle qui sortirait d'une tribu différente de celle de la future ; ainsi la dot de sa propre mère (originaire de la tribu du père) pourra lui être assignée ou bien celle de sa tante maternelle.

Qu'arrivera-t-il quand ce terme de comparaison n'existera ni dans la famille de la future, ni dans la tribu du père ? Il faudra prendre cette femme type dans une tribu semblable à la tribu paternelle.

Qui fera cette comparaison et fixera la dot? Deux témoins masculins irrécusables, ou bien un homme et deux femmes connus pour leur probité, recommandables enfin.

A défaut de témoins remplissant les conditions voulues, la déclaration faite sous serment par le mari fait foi.

Cette opération de la fixation de la dot coutumière peut avoir lieu avant la consommation du mariage. Si le mari s'oppose à cette détermination, la femme peut la demander au juge qui la fixera par jugement en se conformant aux règles indiquées.

b) La dot dans le mariage par tafouid

Le mariage par « *tafouid* » est celui qui est contracté sans constitution de dot, soit que la femme mariée renonce à toute espèce de dot au moment de l'acte, soit qu'elle en laisse l'évaluation postérieure au mari. Dans les deux cas elle pourra, même avant la consommation du mariage, exiger que son mari s'entende avec elle à l'effet de fixer une dot conventionnelle. Si le mari obtempère à cette demande, il pourra, d'accord avec sa femme, fixer n'importe quelle dot même inférieure au minimum légal, sans préjudice toutefois du droit qu'a le *ouali aceb* (tuteur sur la personne) de s'y opposer, ainsi que nous l'avons déjà expliqué. En cas de refus du mari de fixer une dot, ou en cas d'accord impossible sur le chiffre, la femme pourra saisir de la question le magistrat qui enjoindra au mari de se mettre d'accord avec sa femme sur une dot, sinon le magistrat le condamnera à la dot coutumière évaluée conformément aux règles déjà exposées.

Néanmoins les jurisconsultes diffèrent d'opinion sur le droit de la femme à la dot coutumière lorsqu'elle a été répudiée avant toute consommation du mariage par *tafouid*. Les uns prétendent qu'un mariage par *tafouid* conclu mais

non encore consommé ne donne pas à la veuve ou à la femme répudiée le droit de réclamer la dot coutumière. L'acte seul ne lui donne aucun droit à cette dot, disent-ils, s'appuyant sur un passage du Coran : « Il n'y a aucun péché à répudier une femme avec laquelle vous n'aurez point cohabité ou à qui vous n'aurez pas promis la dot. Donnez-leur le nécessaire, l'homme aisé selon ses moyens, l'homme pauvre selon les siens, d'une manière honnête et ainsi qu'il convient à ceux qui pratiquent le bien (1) ».

D'autres jurisconsultes leur répondent que le passage en question n'a point pour but de prescrire une règle relative à la perte du droit de la femme à la dot en cas de répudiation survenue après l'acte de mariage ne contenant aucune stipulation dotale, mais plutôt relative au droit du mari de répudier sa femme dans ce cas, sans qu'il y ait de sa part aucune enfreinte à la loi religieuse (2). L'article 78 du Code de S. P. E. statue que « la femme mariée par *tafouid* a le droit d'exiger de son mari après la conclusion de l'acte que la dot lui soit fixée avant la consommation du mariage ».

c) Variation du montant de la dot conventionnelle

Le montant de la dot n'est pas immuable : il est sujet à variation, il peut être surélevé, comme il peut être amoindri ou même complètement remis.

Son augmentation a lieu toutes les fois que le mari, ou son père, ou son aïeul paternel, après la conclusion du mariage, constituent des augments à la dot stipulée, pourvu que la femme, si elle est majeure, ou son tuteur si elle est mineure, accepte, dans la séance même où l'on gratifie la femme de ces suppléments de dot.

---

(1) *Coran*, chapitre II, n° 237, voir traduction Casimiriski.
(2) Van Den Berg, *op. cit.*, t. II, p. 384-386.

Il faut aussi que les augments accordés aient lieu avant toute dissolution du mariage, soit par la mort, soit par la répudiation.

La femme de son côté peut aussi quand elle est majeure et saine d'esprit faire volontairement remise en faveur de son mari de tout ou partie de la dot stipulée. Pour que cette remise soit valable, il faut que la dot soit composée de valeurs monétaires, argent ou or.

Aucun tuteur *ouali* de la femme, fût-il son père ou son grand-père, n'a le droit de faire remise soit totale soit partielle de la dot de sa pupille, car ce tuteur ne peut disposer des biens de la mineure qu'au profit de celle-ci ; il peut l'enrichir, mais jamais l'appauvrir. Nous avons dit que tout augment dotal, bien que favorable à la femme, doit être formellement accepté par elle ou par son tuteur. La remise dotale au contraire, profitable au mari, n'a pas besoin d'être consentie par lui.

d) Circonstances confirmatives ou modificatives du droit dotal

Le droit dotal, jusqu'à la consommation réelle ou présumée du mariage, est chancelant : la femme est exposée à le perdre partiellement et même totalement. Né en principe au moment de la conclusion du contrat, il a besoin d'être confirmé, d'être consolidé, par un fait ultérieur : la mort d'un des conjoints avant la consommation, la consommation réelle ou présumée, la cohabitation.

La législation musulmane fait une distinction essentielle entre la conclusion du mariage, la consommation, et la cohabitation.

Examinons donc : 1° les circonstances dans lesquelles la femme acquiert définitivement la totalité de la dot;

2° Celles qui ne lui permettent d'en acquérir qu'une partie et : 3° Celles qui lui enlèvent tout droit à la dot.

1° **La femme a droit à la totalité de la dot contractuelle ou autre.** — Trois circonstances lui font acquérir ce droit définitif :

a) La cohabitation, qu'elle soit consécutive à un mariage valable ou bien à une union frappée de nullité radicale ou entachée d'une erreur sur la personne. La loi ne fait aucune distinction entre les trois cas quant au droit de la femme à l'intégralité de la dot. Y auraient donc droit : la cinquième femme d'un homme déjà marié légitimement à quatre femmes, et la femme épousée par erreur sur la personne. La cohabitation aurait alors pour effet de faire naître chez elles le droit dotal que l'acte de mariage ne leur avait pas attribué. Tandis que la femme mariée valablement consolide son droit par la cohabitation.

b) L'entrevue privée avec la femme épousée valablement. D'où il faut conclure, *a contrario* que, si le mariage est frappé de nullité absolue, cette simple entrevue privée, moins grave aux yeux du législateur qu'une cohabitation, ne donne aucun droit dotal à la femme.

Qu'entend-on par entrevue privée? L'article 82 du C. du S. P. E. la définit ainsi : « L'entrevue privée qui constitue une présomption légale de cohabitation et confirme les droits de la femme sur la dot entière, est celle pendant laquelle les deux époux se trouveraient, après conclusion du mariage, réunis en tête-à-tête dans un lieu solitaire où personne ne saurait les voir à leur insu, et où le mari pourrait avoir des relations intimes sans rencontrer aucun obstacle. »

c) Le décès d'un des conjoints survenu après la conclusion du mariage consommé ou non.

En résumé, la femme valablement mariée ou non qui a cohabité avec son mari, la femme valablement mariée qui a eu avec lui une entrevue privée, ou qui a perdu son mari, deviennent propriétaires définitifs de la dot, et la dissolution ultérieure du mariage, proviendrait-elle même du fait de la femme, ne lui enlèverait pas, dans ces hypothèses, cette propriété. Il est évident qu'elle peut toujours renoncer à son droit.

Conséquences juridiques de la cohabitation et de l'entrevue. — Comme on vient de le voir, la cohabitation et l'entrevue privée sont deux faits qui agissent différemment sur le droit dotal de la femme. Cohabiter, c'est s'unir complètement et définitivement ; c'est consolider son droit déjà né, ou le créer s'il ne l'est pas légalement ; c'est en tous cas rendre la dot exigible. Tandis que rencontrer son mari dans des conditions déterminées, c'est s'unir, mais d'une manière privée et momentanée ; c'est légalement insuffisant pour créer un droit, cela ne peut que confirmer un droit existant légalement. La femme valablement mariée a seule le droit de s'en prévaloir pour exiger sa dot.

Mais ce n'est pas seulement au point de vue de l'exigibilité de la dot que ces deux faits diffèrent : quand le mariage est valable, nous l'avons dit, entrevue vaut cohabitation. Il s'ensuit que le paiement intégral de la dot est obligatoire pour le mari ; fût-il impuissant, le mari est tenu de fournir à la femme aliments, vêtements, logement ; il ne pourra épouser la sœur de sa femme, il lui sera interdit également d'avoir simultanément quatre autres femmes, tant que celle-ci ne sera pas hors de la retraite légale.

Mais là s'arrête la similitude des conséquences de l'entrevue et de la cohabitation.

a) Le droit pénal n'assimile pas l'entrevue à la cohabi-

tation. L'adultère commis par des époux qui ont cohabité est puni de la peine afflictive ; la même violation de la foi jurée, commise par des époux qui n'ont eu qu'une simple entrevue privée, si longue eût-elle été, n'entraînerait pas la même sanction.

b) S'il y a eu entrevue et répudiation, le mari pourra épouser la fille de la femme répudiée, mariage qui lui serait interdit s'il avait cohabité.

c) Si la femme répudiée définitivement par un premier mari contracte un second mariage et a une entrevue avec son second mari, cette entrevue ne suffit pas à lever l'obstacle légal qui s'opposait à une nouvelle union légitime avec le premier mari.

d) L'entrevue, contrairement à la cohabitation, ne constitue pas un acte de retour pour la femme qui a été l'objet d'une seule répudiation, c'est-à-dire d'une répudiation *Radjii* ou « révocable ».

e) Enfin l'entrevue est insuffisante pour ouvrir à la femme un droit à la succession de son mari décédé pendant la période de sa retraite.

Quand le mariage est radicalement nul, entrevue ne vaut pas cohabitation. Si la séparation volontaire ou judiciaire suit une simple entrevue des époux, la femme n'acquiert aucun droit. S'il y a eu cohabitation avant séparation, la femme acquiert un droit dotal réduit à la dot la moins élevée de la dot contractuelle et de la dot coutumière et, à défaut de la première, elle aura le montant de la dot coutumière, quelque élevée qu'elle soit.

Il faut faire ressortir que la confirmation de la dot par la cohabitation n'a lieu que lorsque le mari a pleine liberté de disposer de sa personne. La femme qui se marie avec un mineur non émancipé sans l'autorisation du tuteur de celui-ci n'aura pas droit à la dot si le tuteur désapprouve le mariage.

2° **La femme a droit à la moitié de la dot** ; 3° **La femme perd tout droit à la dot.** — La femme répudiée après cohabitation a droit à la totalité de la dot. Mais quels sont ses droits quant à la dot lorsque la répudiation n'a pas été précédée de cohabitation ? Deux cas sont à considérer.

A) Lorsque la séparation résulte non de la faute de la femme mais du fait du mari, la femme a droit à la moitié de la dot ;

B) Lorsque la séparation provient de sa faute à elle, elle perd tout droit à la dot.

A) Quels sont alors les faits du mari entraînant dissolution du mariage ?

1° La répudiation par le fait exclusif du mari. « Si vous répudiez une femme avant la cohabitation, dit le Coran (chapitre II, n° 238), mais après la fixation de la dot, elle en gardera la moitié, à moins que la femme ne s'en désiste (de cette moitié) ou bien que celui qui de sa main a lié le nœud du mariage ne se désiste de tout (c'est-à-dire ne se décide à payer le tout). Se désister est plus proche de la pitié. N'oubliez pas la générosité dans vos rapports entre vous. Dieu voit ce que vous faites ».

2° Le serment de continence prononcé par le mari, qui promet solennellement de s'abstenir de toute relation avec son épouse pendant quatre mois, à l'expiration desquels la femme est répudiée.

3° Le serment d'anathème prononcé par un mari qui accuse sa femme d'adultère. Si celle-ci proteste de son innocence, le mari est tenu de prouver l'adultère. A défaut de preuves convaincantes, il devra jurer que ses allégations sont vraies, après quoi la femme pourra prêter serment que le fait à elle imputé, est faux. Le juge alors les séparera légalement et la femme sera considérée comme répudiée.

4° L'impuissance avouée du mari. Le cadi accorde au mari dans ce cas un délai d'un an à l'expiration duquel le mariage sera dissous si l'état du mari s'est maintenu.

5° L'apostasie du mari. Lorsque le mari abandonne l'islam, le mariage est dissous de plein droit.

6° Le refus d'embrasser l'islamisme, et ce, dans le cas où, aucun des deux conjoints n'étant musulman, la femme devient musulmane, et le mari refuse de suivre son exemple.

7° L'adultère commis par le mari avec la mère ou la fille de la femme avec laquelle il est marié.

B) Toutes les fois que la dissolution a pour cause une faute de la femme, celle-ci perd ses droits à la dot :

1° Quand elle apostasie.

2° Quand n'étant ni chrétienne ni juive, elle refuse de suivre l'exemple de son mari et d'embrasser l'islamisme.

3° Quand elle se permet, à l'égard du fils ou du père de son mari, un acte qui est de nature à porter atteinte à la dignité du mariage.

4° Lorsque la femme, mariée par un tuteur autre que le père ou le grand-père arrive à sa majorité et opte pour la séparation ; il faut en outre que la dissolution du mariage ait lieu avant toute cohabitation réelle ou présumée postérieure à la majorité.

e) Le paiement de la dot

Rappelons que la femme peut exiger la fixation de la dot avant consommation ; elle peut même jusque-là se refuser à son mari. Elle aurait en somme une sorte de droit de rétention sur sa personne.

Rappelons aussi que le paiement peut se faire, soit au moment de la conclusion, soit après, à une échéance plus ou moins éloignée selon la convention. Dans le silence de celle-ci, on devrait se référer aux usages.

En principe c'est le mari qui paye, mais comme nous le verrons ultérieurement, d'autres que lui peuvent le faire.

f) **Perception de la dot et droit de la femme d'en disposer**

Perception de la dot. — C'est la femme elle-même, quand elle est majeure, qui reçoit sa dot ; personne autre qu'elle n'a le droit de l'encaisser à moins d'y être autorisé par mandat spécial. Néanmoins il y a lieu de distinguer si la femme majeure est *saïb* (non vierge) ou *bikr* (vierge) : *saïb*, elle recevra valablement sa dot et aucun tuteur ne pourra l'encaisser autrement qu'avec procuration spéciale ; *bikr*, elle sera elle aussi autorisée à percevoir sa dot, mais, si elle ne s'y oppose pas formellement, son *ouali* peut toucher et donner valable quittance au mari. Ici il y a mandat présumé en faveur du *ouali*. Cette présomption n'existe pas pour une femme *saïb*. Cette différence de traitement a pour origine, dit-on, l'habitude traditionnelle qu'ont les pères d'encaisser la dot de leur fille vierge et d'y ajouter de leurs propres deniers une somme qui varie, selon leurs moyens, en vue de lui procurer trousseau, mobilier et autres choses indispensables à la fille. La *saïb*, déjà mariée, et en possession de ses meubles, ne se trouve pas dans la même situation. Ajoutons à cette justification que la *bikr* est ordinairement jeune et se trouve encore sous le contrôle de son père.

Droit de la femme de disposer de sa dot. — La dot est dans tous les cas la propriété exclusive de la femme. Celle-ci pourra donc en disposer librement si elle a capacité voulue. Ainsi elle pourra la répéter contre celui qui l'a reçue ès-qualité, la céder à un tiers à titre gratuit ou onéreux. Elle peut en disposer en faveur de son mari ou de ses parents aussi bien que d'un tiers. En un mot, sa dot est un

bien entré dans son patrimoine et sur lequel elle a tous droits inhérents à la propriété.

Il arrive parfois que la dot stipulée a été intégralement payée avant la consommation et que le mariage est ensuite dissous par répudiation du fait du mari avant consommation. La rupture dans ces conditions, nous l'avons dit, fait perdre à la femme la moitié de la dot. Le mari a alors le droit de répéter cette moitié indûment payée quel que soit l'emploi que la femme en ait fait. Bien entendu restitution totale pourrait être poursuivie si la rupture provenait du fait de la femme.

Mais il se peut que, dans l'hypothèse envisagée plus haut la femme ait fait à son mari, après perception de la dot, une donation de valeur égale ou inférieure à celle de la dot, s'il s'agit de valeurs monétaires ou de choses fongibles, ou qu'elle lui ait restitué, à titre de donation, les objets dotaux non fongibles. Que devient alors ce droit à répétition du mari ?

1° Si la dot est en numéraire ou en choses fongibles, le mari aura droit, malgré la donation à lui faite, à répétition de la moitié de cette dot versée par lui.

2° S'il s'agit d'objets mobiliers qui ont été spécifiés et partant qui ont perdu leur caractère de fongibilité, et s'il s'agit à plus forte raison d'immeubles, le mari n'aura pas droit à la répétition de la moitié de ces objets.

Mais il faut remarquer que le mari n'a, pour la restitution totale ou partielle de la dot, qu'une simple créance chirographaire ne jouissant d'aucune priorité sur les autres créances contre la femme. Si celle-ci, débitrice pure et simple en somme, dispose légalement de la dot sans fraude des droits du mari, ses actes ne peuvent pas être attaqués. Le mari ne pourra donc rentrer dans ses droits relatifs à la moitié ou à la totalité de la dot, selon les cas, qu'après

entente avec la femme, ou en vertu d'un jugement et en subissant le concours des autres créanciers de la femme.

De ce que la dot est un pur droit pour la femme, il suit que ses héritiers, en cas de décès avant perception de la totalité de sa dot, seront fondés à demander au mari ou à ses héritiers ce qui reste encore dû de la dot de leur auteur après déduction de la part, qui, éventuellement, pourrait lui revenir de la succession de son épouse prédécédée.

§ 3. De la mutaa (cadeau)

La femme répudiée, avons-nous dit, après conclusion d'un mariage valable mais avant consommation, ne peut prétendre qu'à la moitié de la dot stipulée. *Quid* si dans les mêmes circonstances aucune dot n'a été constituée? La femme répudiée dans ces conditions perd tout droit à la dot coutumière que la consommation lui aurait fait acquérir.

La solution a sans doute paru au législateur un peu trop rigoureuse, puisqu'il a cru devoir admettre, pour la femme innocente de toute faute et délaissée sans dot, un droit à la *mutaa* ou cadeau.

Selon *Zeid Bey*, la répudiation, dans les mêmes circonstances, d'une femme épousée par *tafouid* lui ouvre aussi le droit à la *mutaa*. Celle-ci, remarque l'éminent professeur, voit, elle aussi, son droit dotal s'évanouir par le fait de la répudiation. Ainsi, toute femme qui, répudiée après consommation pourrait prétendre à la dot coutumière, ne pourra réclamer que la *mutaa* si la répudiation a précédé la consommation. En quoi consiste cette *mutaa ?* En vêtements ou bien en argent suffisant pour permettre de les acquérir. Son importance comme celle de la dot coutumière variera suivant la condition des parties et les usages de chaque pays en

tenant compte des vêtements que portent les femmes dans leurs sorties. Fixée en argent, elle ne pourra être inférieure à cinq dirhams si le mari est indigent, ni supérieure à la moitié de la dot coutumière, quel que soit l'état de fortune du mari.

La femme épousée sans constitution dotale et répudiée avant consommation peut exiger la *mutaa*, mais elle ne le pourrait pas si une dot contractuelle avait été stipulée à son profit ; le législateur estime, en somme, que la moitié de cette dot doit suffire à la consoler de son délaissement. Cependant la *mutaa* est laissée dans ce dernier cas à la pure générosité du mari qui n'y est aucunement obligé. Quant à la femme répudiée après consommation du mariage et ayant droit à la dot entière, le législateur recommande qu'on lui paye la *mutaa* sans qu'il y ait là non plus obligation ; il est louable, dit-il, en effet, dans l'article 90 C. S. P., de ne pas l'en priver.

§ 4. De la garantie du paiement de la dot

Il est rare en fait que la dot soit payée intégralement lors de la conclusion du mariage. Nous avons dit qu'une partie de la dot était souvent payable à une date relativement éloignée. En France, la femme mariée a, en garantie de la restitution de sa dot, hypothèque légale sur les propres de son mari. La femme musulmane n'a pas, elle, cette sécurité, lui assurant le paiement de sa dot, mais elle a pour la remplacer le droit de tous les créanciers d'exiger le cautionnement d'un tiers, et elle use très fréquemment de ce droit.

Lorsque la caution est un tiers quelconque autre que le père du mari ou son grand-père, les règles de droit commun relatives à la caution lui seront applicables. Il en résulte

donc que, si ce garant a agi spontanément sans le consentement formel du mari débiteur, il sera présumé avoir agi dans un esprit de pure libéralité et ne pourra, par suite, répéter contre le mari la somme payée pour lui comme dot à la femme.

Le garant de la dot peut aussi être le père d'un des époux ou son grand-père ou son tuteur *ouali* ou le tuteur commun des deux époux. Des règles spéciales gouvernent le cautionnement dotal de cette seconde catégorie de garants.

1° Le *ouali* était-il en bonne santé lorsqu'il a cautionné? Nous lui appliquerons les règles du cautionnement par un tiers s'il est *ouali* de la femme, et s'il est *ouali* du débiteur nous exigerons en plus son agrément par la femme majeure ou par le tuteur de la femme mineure.

2° Le *ouali* s'est-il porté caution alors qu'il était atteint de la maladie dont il est mort? Son cautionnement n'est pas valable si le mari ou si la femme figurent parmi ses héritiers. Il ne sera valable que jusqu'à concurrence du tiers de ses biens, si ni le mari ni la femme ne sont appelés à l'hérédité du garant décédé. Ces dispositions sont les mêmes que celles qui sont établies en matière de testament. C'est un sentiment de crainte de captation au détriment des héritiers ou d'une partie des héritiers qui a dicté ces dispositions. D'ailleurs, le code civil égyptien (tant mixte qu'indigène), a adopté la même solution pour la vente faite dans la dernière maladie ; elle est attaquable quel que soit son montant, quand elle est faite à un héritier; faite à un non héritier, elle ne devient valable que jusqu'à concurrence d'un tiers des biens du vendeur, à moins dans l'un et l'autre cas d'une confirmation de la part des héritiers. (C. C. M. 320 et 321, C. C. I. 254 et 255.)

Clavel prétend (T. I., n° 90) que les articles 100 et suivants du code de statut personnel égyptien semblent n'accepter

comme caution que le père ou le tuteur du mari de la femme et reproche à ces articles une rédaction vicieuse qu'on ne saurait, dit-il, admettre. Telle n'est pas notre opinion. Si le code dans ces articles n'a parlé que de la garantie du père et du grand-père, c'est parce que cette garantie des parents est du ressort du statut personnel et ensuite parce que cette garantie spéciale est régie différemment de la garantie de droit commun. De plus, d'après le rite malékite, le père est garant de droit de son fils mineur qu'il marie, ce qui, nous le dirons plus loin, n'existe pas dans le hanafite ; il fallait poser la règle à suivre.

Droit de recours de la caution. — Ici encore, il y a lieu de faire une distinction :

1° Le garant qui a payé la dot est le *ouali* (père ou grand-père) ; le droit de recours lui est reconnu contre le mari lorsque celui-ci était majeur au moment de l'engagement et y a consenti ; ce n'est d'ailleurs que l'application pure et simple des règles du droit commun.

2° Si, au contraire, le mari est mineur et dépourvu de ressources, le recours contre lui du *ouali* qui l'aura cautionné ne pourra avoir lieu que si au moment de l'engagement ou du paiement il a déclaré devant témoins qu'il répèterait éventuellement la dot. Quand le mari mineur a des ressources, le père ou (grand-père), qui est de plein droit à la fois tuteur sur la personne et sur les biens de son fils mineur et de ce fait pouvant disposer des biens de celui-ci, pourra être obligé de payer la dot des deniers du pupille alors même qu'il n'aurait pas cautionné la dot.

Il est bien entendu que la femme dont la dot est cautionnée est pleinement libre de la réclamer, soit au mari devenu majeur, soit à la caution sans que celle-ci puisse lui opposer le bénéfice de discussion. Mari débiteur et caution sont tenus

solidairement. Rappelons que la caution peut très bien être le propre tuteur de la femme.

Perte et consommation de la dot. — Tant que la dot n'a pas été effectivement versée ou livrée à la femme ou à son représentant, le mari en est responsable envers elle. Lorsque les choses qui constituent la dot viennent à périr avant leur livraison, on dit qu'il y a perte de la dot. Il est indifférent que la perte ait lieu par le fait d'une personne ou par cas fortuit. Il y a consommation lorsqu'elles sont utilisées par le mari avant consignation. Dans l'une ou l'autre de ces hypothèses, la femme pourra à son gré se faire livrer par le mari des biens de la même nature et de valeur égale ou en réclamer la valeur en argent. Il va sans dire que, si la perte ou la consommation sont imputables à un tiers, la femme pourra recourir contre lui, mais, en ce faisant, elle renoncera tacitement à son recours contre le mari débiteur.

Revendication de la dot. — Si les biens dont se compose la dot sont réclamés en totalité par un tiers revendiquant et lui sont rendus, la femme aura un droit de recours en dédommagement contre le mari qui sera tenu de livrer des biens de la même nature et de la même valeur s'il en existe, sinon d'en payer la valeur.

Dans le cas où l'éviction n'a porté que sur une partie des biens dotaux non fongibles, la femme aura la faculté, soit de garder la partie restante et de réclamer la valeur de la partie revendiquée, soit d'abandonner la partie restante et de réclamer la valeur intégrale de la dot.

Qu'arrivera-t-il lorsque l'éviction partielle des biens dotaux non fongibles s'accompagnera d'une répudiation, qui, nous l'avons dit, ne laisse à la femme droit qu'à la moitié ? Le droit d'option, dont nous venons de parler, lui sera enlevé et elle

devra garder la moitié qui constitue son droit si l'éviction est égale ou inférieure à la moitié de la dot. Elle n'aura pas à se plaindre d'avoir un associé autre que son ex-mari parce que celui-ci, étant devenu pour elle une personne étrangère, eût été inévitablement son co-associé en cas de non éviction, et il le sera aussi si la partie revendiquée est inférieure à la moitié.

Quand l'éviction est supérieure à la moitié de la dot, la femme répudiée aura alors droit d'option. Elle pourra, tout en gardant la partie restante, réclamer à son ex-mari le complément en argent de la moitié, ou bien se dessaisir de cette partie et réclamer la contre-valeur de toute la moitié.

§ 5. **De la dot conditionnelle**

La conclusion d'un mariage ne peut jamais être soumise à une condition quelconque. En Egypte, aussi bien qu'en France, on ne se marie pas conditionnellement. Il n'en est pas de même du quantum de la dot contractuelle; les époux peuvent très bien le faire dépendre de la réalisation d'une condition; ainsi, ils peuvent stipuler une dot inférieure à la dot coutumière si le mari promet à la femme autre chose en compensation; ils peuvent également convenir d'une dot supérieure à la dot coutumière, l'excédent devant être payé si la femme possède certaines qualités déterminées.

1re Hypothèse. — La dot stipulée est inférieure à la dot coutumière. Le mari peut stipuler une dot inférieure à la dot coutumière, s'il s'engage à procurer à la femme un avantage qui la dédommagera de ce préjudice dotal; il promet, par exemple, la résidence dans un lieu déterminé que préfère la femme, la vie chez les parents de celle-ci, la répudiation d'une autre épouse. Dans tous ces cas ou autres semblables,

si le mari exécute son engagement, il n'a à payer que la dot fixée et acceptée. En cas d'inexécution, la dot sera portée au montant de la dot coutumière. Bien entendu, il faut que l'objet de l'engagement soit licite et ne soit pas contraire aux principes religieux islamiques. Si la prestation promise comme dot complémentaire est prohibée par la loi, l'engagement envers la femme sera considéré comme illicite, donc nul et de nul effet : le mari ne sera tenu que de la somme fixée, sans qu'on puisse le contraindre légalement à payer la différence entre la dot coutumière et la dot fixée.

Les hanafites observent, pour justifier cette mesure prise à l'encontre de la femme, que les choses prohibées ne doivent procurer, ni directement, ni indirectement, aucun avantage à la femme, or, il y aurait inévitablement compensation si elle pouvait en avoir la contre-valeur.

Les hanbalites, plus sévères, donnent dans ce cas à la femme la faculté de demander la séparation comme sanction de l'inexécution de l'engagement pris par le mari (1).

2e *Hypothèse. — La dot stipulée est supérieure à la dot coutumière.* Le mari peut s'engager à payer une dot déterminée supérieure à la dot coutumière mais en faisant dépendre le paiement de l'excédent dotal de l'existence, chez la femme, d'une ou de plusieurs qualités physiques ou intellectuelles. Il ne sera tenu que de payer la dot coutumière, s'il est prouvé que la condition exigée fait défaut. A cette seconde hypothèse se rattache celle-ci : Le mari peut également fixer comme dot deux sommes inégales et alternatives et s'engager à payer la plus forte des deux si la femme réunit telles ou telles qualités, à défaut desquelles c'est la plus faible qui pourra être exigée.

En résumé, on peut conditionner de diverses manières la

---

(1) Zeid Bey, *op. cit.*, t. I, p. 136-137.

constitution d'une dot : Si la femme est ceci ou cela, la dot sera supérieure à celle que sa condition lui attribue légalement ; d'un autre côté, si le mari procure un avantage extra-dotal à la femme, celle-ci, qui y consent, devra se contenter d'une dot stipulée inférieure à celle qu'elle devrait avoir.

§ 6. **Contestations relatives à la dot**

Au sujet de la dot, les contestations les plus variées peuvent s'élever entre les époux ou entre leurs héritiers. Ces différends peuvent se classer en deux catégories que nous nous proposons d'examiner séparément. Nous étudierons successivement :

a) Les contestations relatives à la fixation conventionnelle de la dot ;

b) Les contestations portant sur le quantum de la dot ;

c) Les contestations au sujet de son paiement.

a) Contestations relatives à la fixation ou non fixation conventionnelle de la dot

Si mari et femme reconnaissent qu'aucune dot n'a été fixée, le juge, en vertu de l'article 76 dont nous avons déjà parlé, fixera la dot coutumière.

Quid lorsque la fixation est affirmée par l'un et niée par l'autre ?

« Lorsque, dit l'article 105, l'un des époux prétend que la dot a été fixée, sans pouvoir établir sa prétention, et que l'autre dénie la fixation, ce dernier sera tenu de prêter serment. S'il refuse, il sera condamné à payer le montant de la demande de l'autre partie. » Nous faisons remarquer que cette dernière phrase prête à confusion, elle ne s'applique

en effet qu'au cas de refus du mari. Il conviendrait donc de la modifier dans ce sens : « S'il refuse, il sera condamné à payer ou à accepter le montant de la demande de l'autre partie. » En somme il n'y a là qu'une application des règles de la preuve.

« Si, continue l'article 105, la partie qui a nié et à qui le serment décisoire a été déféré prête le serment, la dot coutumière sera adjugée à la femme. » Ici apparaît une difficulté. Il ne faut pas que cette condamnation à la dot coutumière constitue un avantage pour la partie perdante au procès.

La dot coutumière à laquelle une femme peut prétendre en raison de sa situation sociale peut très bien différer en valeur de la dot consentie. Supposons l'hypothèse suivante : une femme soutient, sans pouvoir le prouver, que la dot a été fixée à 200 livres égyptiennes. Le mari jure que cette fixation dotale conventionnelle n'a jamais eu lieu. Mais le cadi évalue à L.E. 300 la dot coutumière à laquelle la demanderesse a droit. Si le mari était tenu de L. E. 300 nous aboutirions fatalement à un jugement *ultra petita.*

Faisons l'hypothèse inverse. C'est un mari qui prétend, sans preuve, que la dot convenue a été fixée à L.E. 250. La femme prête le serment exigé et le juge estime à L. E. 100 la valeur de la dot coutumière en l'espèce. Le mari perdant se trouverait ainsi avantagé par sa condamnation.

Pour éviter ces injustices, l'article 105 a reproduit la règle dans les termes suivants : « S'il (l'époux qui niait l'existence d'une dot conventionnelle) prête le serment, la dot coutumière sera adjugée à la femme, sans que toutefois le montant puisse excéder le chiffre par elle demandé, si c'est elle qui a invoqué la fixation de la dot; ni être au-dessous du chiffre déclaré par le mari si c'est lui qui a soutenu que la dot a été fixée. »

En conséquence, dans notre première hypothèse, le mari ne pourra être condamné à une dot supérieure à L.E. 200, et dans la deuxième hypothèse à une dot inférieure à L. E. 250.

Il va de soi que la condamnation à la dot coutumière n'est plus possible lorsque le procès a lieu après répudiation et sans qu'il y ait eu cohabitation. La *mutaa* seule sera due.

b) **Contestations portant seulement sur le quantum de la dot**

Ici il y a eu fixation dotale : l'un et l'autre des époux l'admettent, le différend ne porte que sur le chiffre que la femme, évidemment, affirme plus élevé que celui allégué par le mari.

Chaque partie sera tenue de fournir les preuves de sa prétention. Mais diverses hypothèses sont à envisager :

a) Un seul des époux prouve son allégation. Il va sans dire que le juge lui donnera gain de cause.

b) Aucun d'eux n'est à même de fournir une preuve à l'appui de son dire : dans l'impossibilité d'éclairer autrement sa religion, le cadi aura recours à la présomption, il évaluera la dot coutumière à laquelle la femme pourrait prétendre, et prendra son chiffre comme base d'appréciation. Alors on croira sous serment la partie qui aura allégué un chiffre plus préjudiciable à ses intérêts que la dot coutumière. Supposons que la dot coutumière soit supérieure à la dot réclamée par la femme ; en acceptant le serment, elle aura gain de cause ; en le refusant, elle donnera, *ipso facto*, raison à son mari.

Si la dot coutumière est moindre que le chiffre soutenu par le mari, c'est à celui-ci que sera déféré le serment et sa déclaration sous serment fera foi de son affirmation ; son refus le condamnera au paiement du chiffre réclamé par la femme.

Lorsque la dot coutumière est intermédiaire entre les dot prétendues, la présomption ne peut plus jouer puisque cette dot n'est favorable ni à l'une ni à l'autre des parties. Dans ce cas elles devront se déférer mutuellement le serment. Aucune difficulté si l'une l'accepte et l'autre le refuse. Si toutes deux l'acceptent, ou le refusent, la dot coutumière leur sera imposée.

c) Les deux époux prouvent respectivement leurs prétentions. — Si les preuves sont contradictoires, chacune des parties déférera le serment à l'autre. Même solution que dans la dernière hypothèse ci-dessus examinée.

c) Contestations au sujet du paiement de la dot

Comment se prouve le paiement de la dot? Par tous les modes de droit commun :

1° *Par écrit.* — Lorsque la convention dotale a été rédigée par écrit et que la dot a été payée totalement ou en partie, l'acte peut lui-même contenir quittance ou reçu. Si elle a été payée ultérieurement, le payement peut être prouvé par reçus.

2° *Par témoins*, quelle que soit la valeur de la dot.

3° *Par les présomptions légales*, du moins en ce qui concerne le paiement du « *naqd* » c'est-à-dire de la partie de la dot exigible d'avance. La femme, en effet, est en droit de se refuser à son mari tout le temps qu'elle n'a pas reçu ce « *naqd* » (art. 108, 207 et 208 S.P.E.). Si donc, après consommation, elle prétend n'avoir rien reçu de son mari, son action sera rejetée car la consommation constitue une présomption légale du paiement du « *naqd* ». Cette fin de non-recevoir est également opposable aux héritiers de la femme.

Mais cette présomption pourra être détruite par une preuve écrite contraire émanant du mari ou par des usages

locaux contraires ; auxquels cas l'action est recevable.

La présomption de paiement cesse d'être opposable à la femme lorsqu'elle affirme par serment seulement n'avoir reçu qu'une fraction du « *naqd* ».

4° *Par le serment.* — Ici il est nécessaire de faire une distinction entre le paiement du « *naqd* » et le paiement du « *mouakhar* », c'est-à-dire du complément de la dot.

La contestation porte-t-elle sur le paiement du « *naqd* » que le mari affirme avoir fait avant consommation ? Faute de preuve ce paiement anticipé sera présumé n'avoir pas été fait ; le mari a été négligent en n'exigeant pas de reçu ; alors le serment sera déféré à la femme. Si le même litige se produit après consommation, c'est contre la femme, cette fois, que jouera la présomption, et c'est au mari que sera déféré le serment supplétoire.

Quant au paiement du « *mouakhar* », il se prouvera à défaut d'un des modes ci-dessus énumérés par le serment qui sera déféré à la femme : c'est évident, puisqu'il appartient au mari de se procurer une preuve de sa libération.

Contestations entre les héritiers. — Si l'un des époux prédécède, la procédure déjà expliquée sera suivie en cas de contestation entre le survivant et les héritiers de l'autre et la solution du litige sera conforme aux règles déjà expliquées. *Quid* si les deux époux décèdent ? En cas de décès des deux époux, si une contestation s'élève entre leurs héritiers respectifs, elle sera relative, elle aussi, soit à la fixation de la dot soit à son quantum.

a) Si la contestation a pour objet la question de fixation ou non fixation de la dot, les héritiers du mari seront condamnés à la dot coutumière, s'ils nient cette fixation et refusent de prêter serment. Tandis que la même dénégation

et le même refus de prêter serment condamneraient le mari en personne à la dot affirmée par la femme.

b) Si la contestation s'élève au sujet du montant de la dot, les héritiers du mari seront crus sur leur déclaration et tenus de payer la somme déclarée par eux, diminuée toutefois de la part qui revient à leur auteur par voie d'héritage, si c'est d'ailleurs la femme qui est prédécédée.

La solution est la même, *a fortiori*, dans le cas où les héritiers du mari soutiendraient qu'il n'y a pas eu de convention au sujet de la dot.

En somme le législateur favorise les héritiers du mari pour ne pas les exposer, eux qui peuvent ignorer ce qui serait advenu au sujet de la dot entre leur auteur et son épouse, aux chicanes des poursuites judiciaires contre lesquelles ils n'auraient pas pu avoir les éléments nécessaires de défense. L'opinion de l'*Imam Al Azam* va même jusqu'au point de résoudre le litige relatif à la dot, quel que soit le cas, d'après les déclarations des héritiers du mari. Cette opinion trop excessive n'a pas prévalu.

CHAPITRE III

La différence de religion des époux

En parlant des empêchements au mariage, nous avons dit que la femme musulmane ne peut, en aucun cas, prendre légitimement pour époux un non-musulman ; cet empêchement n'existe pas d'une manière aussi rigoureuse pour le mari musulman, qui peut, lui, épouser une « *Kitabiah* » c'est-à-dire une femme chrétienne ou juive dont les croyances sont fondées sur les Livres Saints, mais non une idolâtre. La communauté de religion n'est donc pas toujours une condition essentielle de validité du mariage.

Lorsqu'il y a différence de religion, cette différence peut :

a) Exister déjà au moment du mariage ;

b) Résulter d'une conversion ultérieure de l'un des époux.

Examinons chacune de ces hypothèses.

a) **La différence de religion existe lors du mariage.** — Si, lors du mariage, les époux ne professent pas la même religion, c'est nécessairement parce que l'époux musulman

s'est uni à une *Kitabiah* : cette union avec une *Kitabiah* est reconnue par le Coran qui en parle en ces termes : « Il vous est permis d'épouser les filles honnêtes des croyants et de ceux qui ont reçu les Ecritures avant vous, pourvu que vous leur donniez leur récompense (1). »

Ce mariage peut, à la rigueur, se conclure valablement par l'intervention d'un tuteur chrétien ou juif, et en présence de deux témoins chrétiens ou juifs, alors même qu'ils ne professeraient pas la même religion que la femme. Leur témoignage est admissible pour prouver le mariage en cas de dénégation par la femme seulement ; si c'est le mari qui le nie, ces témoins sont récusables, ils ne peuvent prouver le mariage.

La femme *Kitabiah* a tous les droits de la femme musulmane. Ainsi elle peut être l'épouse d'un musulman en même temps qu'une, deux ou trois autres épouses musulmanes ou *Kitabiahs* comme elle ; elle peut demander à être traitée exactement comme ses co-épouses et comme le recommandent les principes de l'Islam.

Si durant le mariage la femme chrétienne se fait juive ou *vice-versa*, le mariage n'en restera pas moins valable. Si au contraire la femme se convertit à l'idolâtrie, l'union devient illégale d'après la règle déjà établie et la dissolution doit être prononcée par le *cadi*.

Les enfants, garçons ou filles, issus du mariage d'un musulman avec une *Kitabiah* sont légalement musulmans. La sanction de cette règle est que le droit de succession est retiré aux enfants qui ne suivent pas la religion de leur père. Sur un point seulement la loi traite le mariage mixte différemment du mariage entre musulmans : il prive les époux de tout droit héréditaire entre eux.

---

(1) *Coran*, chapitre v, verset n° 7, traduction Casimiriski.

b) **Conversion à l'islamisme au cours du mariage.** — Lorsque les deux conjoints ou l'un d'eux seulement embrassent l'islamisme, qu'ils soient de religion *Kitabiah* ou non, trois cas peuvent se présenter :

1) Les deux conjoints deviennent simultanément musulmans ;

2) Le mari seul se convertit ;

3) La femme seule se convertit.

Examinons chacune de ces hypothèses et montrons quelles modifications le droit musulman apporte au mariage dans chacun des cas.

Premier cas : Les deux conjoints se convertissent à l'islamisme. — Si les deux conjoints, de quelque religion qu'ils soient, deviennent tous deux musulmans, il y aura lieu tout d'abord de rechercher si le mariage est libre ou non de tout empêchement dirimant d'après les principes musulmans : parenté ou alliance au degré prohibé. Si au point de vue musulman rien ne s'oppose à l'union légitime des deux conjoints et, si le mariage ante-conversion n'était pas nul quant à la forme, leur mariage restera valable et produira tous ses effets.

S'il existe au contraire entre les deux conjoints un empêchement dirimant au mariage, par exemple un degré de parenté prohibé par le Coran et non prohibé par la législation chrétienne ou juive : le *cadi* en prononcera la dissolution, soit d'office, soit sur réquisition et ordonnera la séparation des deux époux. Selon Clavel, il faut que les parties s'adressent au magistrat pour demander la dissolution, de telle sorte que celui-ci de pourrait la prononcer que sur réquisition. Cet auteur a confondu le cas des conjoints non musulmans qui ont recours au *cadi* de leur propre initiative avec celui des conjoints convertis à l'islamisme.

L'Islam, respectant la liberté de conscience, permet aux non-musulmans de se marier suivant les règles de leur religion, sans s'inquiéter de la contrariété qu'il y aurait entre les règles de cette religion et les principes islamiques. Mais les tribunaux musulmans étant, dans les Etats islamiques, les tribunaux de droit commun, ils sont compétents pour juger les litiges que les non-musulmans leur présentent d'un commun accord. Bien entendu ils leur appliquent les règles mêmes du droit musulman. Si donc deux conjoints non-musulmans, entre lesquels il y aurait un empêchement dirimant, veulent obtenir la séparation d'un commun accord, le *cadi* ne saurait se déclarer incompétent, il n'a qu'à prononcer la dissolution du mariage, mais il ne pourrait le faire d'office.

Cependant, dans les mêmes circonstances, le *cadi* peut prononcer d'office la dissolution du mariage chrétien ou juif contracté pendant la retraite légale par une femme chrétienne ou juive qui était antérieurement mariée à un musulman, et cela afin de permettre au dit mari musulman de se réserver le bénéfice de l'*edda* et éviter la confusion de part.

Deuxième cas : Le mari se convertit seul. — Si c'est le mari seul qui se convertit, on ne porte aucune atteinte à la liberté de la femme *Kitabiah* : elle conservera sa croyance religieuse ou se convertira de son gré à l'islamisme. Mais, si la femme du converti est idolâtre, elle sera invitée à embrasser la nouvelle religion de son mari ; si elle le fait, ou bien si spontanément elle embrasse le christianisme ou le judaïsme, l'union restera intacte à moins toutefois qu'il n'y ait, ainsi que nous l'avons dit, un empêchement légal à l'union. Si elle s'oppose à toute conversion, c'est-à-dire si elle s'obstine à rester idolâtre, le magistrat prononcera le

divorce. Il s'ensuit que le mariage restera valable jusque-là, et que le mari ne pourra prendre, pendant le litige, une cinquième femme s'il en a déjà quatre y compris cette idolâtre. Même solution dans le cas où la femme accepte l'islamisme, mais où un empêchement dirimant s'oppose à son union au point de vue musulman.

Troisième cas : La femme seule se convertit. — Si la femme se convertit seule et devient musulmane, le mari sera sommé de suivre son exemple. Il acceptera ou il refusera. Son acceptation rendra son mariage valable, sauf toujours le cas d'empêchement dirimant. Son refus obligera le *cadi* à dissoudre l'union puisqu'une musulmane ne peut avoir pour mari un non-musulman. Mais qu'arrivera-t-il lorsque le mari n'a pas l'âge de discernement ou lorsqu'il est aliéné ? Si le mari est au-dessous de l'âge de raison, le magistrat attendra pour le mettre en demeure qu'il ait atteint cet âge. Si le mari est frappé de folie, le magistrat, sans attendre qu'il ait recouvré l'usage de ses facultés intellectuelles, invitera ses parents ou l'un d'eux à embrasser l'islamisme. Si l'un des parents au moins se convertit, le mariage restera valable et l'aliéné sera censé être devenu de ce fait musulman. Mais, si les parents s'y refusent, le mariage sera dissous par décision du magistrat.

A défaut de père et de mère le magistrat nommera à l'aliéné un tuteur *ad hoc*, afin de pouvoir prononcer contre lui la dissolution du mariage.

La loi musulmane en agissant ainsi montre l'équité de ses principes. En proposant l'Islam au père et à la mère, elle envisage l'intérêt de l'aliéné tout en respectant ses propres règles. Il est en effet à supposer que les parents auront à cœur la situation de leur fils et accepteront la conversion pour laisser présumer en même temps la conversion de leur

fils qui n'est au fond, pas plus chrétien, israélite ou idolâtre que musulman ; il serait injuste et absurde à la fois de supposer l'époux aliéné embrassant la religion musulmane par décision judiciaire.

En cas de conversion quelle religion auront les enfants ? Les enfants nés avant la conversion et ceux qui naîtront après seront élevés dans la religion musulmane à condition qu'ils résident dans des pays musulmans, que ce soit avec ou sans le parent converti. En effet, tout enfant mineur dont le père ou la mère est musulman est présumé musulman jusqu'à sa majorité. Si cet enfant réside dans un pays non musulman la loi ne s'en occupe pas, pour la raison qu'elle ne peut lui être appliquée.

En résumé, lorsque deux non-musulmans mariés entrent dans le giron de l'Islam, leur mariage est maintenu valide si rien ne s'oppose d'une manière dirimante à leur union ; lorsque le mari seul se convertit à l'Islamisme, le mariage produit ses effets si la femme est chrétienne ou juive, puisque la loi musulmane n'admet pas de femme idolâtre dans le mariage, et enfin si c'est la femme qui embrasse la religion de Mohamed, le mariage ne sera maintenu que si le mari en fait autant.

L'enfant mineur d'un converti, nous le répétons, suit la religion musulmane de celui-ci. Ce n'est qu'à sa majorité qu'il pourra, s'il est sain d'esprit, opter pour la religion musulmane que la conversion de son parent lui a imposée ou pour une autre. La folie le maintenant sous la dépendance de ses parents lui enlèverait cette faculté d'option. Un mineur orphelin qui aurait pour tuteur son grand-père ne deviendra pas musulman du fait de la conversion de celui-ci.

CHAPITRE IV

Les preuves du mariage

Nous parlerons dans ce chapitre des preuves du mariage d'après les règles de la législation musulmane ; des modifications introduites en Egypte au sujet de ces preuves ; des personnes chargées de la rédaction des actes de mariage et enfin des preuves du mariage, en Algérie, d'après le code « Morand ».

§ 1. Preuves du mariage d'après les règles de la législation musulmane

Le mariage en droit musulman est comme tous les actes soumis à tous les modes de preuve admis par la loi et qu'on peut ainsi énumérer :

1° La double déclaration qui équivaut à l'aveu ;
2° Le serment ;
3° Les témoins.

1° **Double déclaration.** — Lorsque l'un des époux

déclare reconnaître l'autre comme conjoint et que ce dernier accueille cette déclaration, le mariage est prouvé sans qu'il soit nécessaire d'administrer d'autres preuves.

Bien entendu cette double déclaration ne prouvera la réalité du mariage qu'autant que le dit mariage est possible entre les deux déclarants, et que ces derniers sont dans les conditions voulues pour s'unir légalement.

Le droit musulman, d'après le rite hanafite en Egypte, fait cependant une distinction entre la reconnaissance émanant de l'homme et accueillie par la femme et la reconnaissance faite par la femme. L'article 149 du C. S. P. E. en effet dispose que, si c'est la femme qui reconnaît un individu déterminé pour mari, et que celui-ci accueille sa déclaration du vivant de la femme, le mariage est réel et il aura droit de réclamer la part qui lui revient légalement de sa succession. Si la déclaration n'est accueillie qu'après la mort de la femme, l'individu reconnu n'aura aucun droit à la succession. Et si c'est l'inverse qui se produit : l'homme reconnaît la femme et celle-ci n'accueille la reconnaissance qu'après mort de l'homme ; lui succédera-t-elle ? Elle succédera si son mariage est valide (art. 148 S. P. E.).

2° **Les témoins.** — Si après la reconnaissance de l'un des époux l'autre nie l'existence de tout lien conjugal entre lui et le déclarant, la loi admet alors la preuve par témoins. Rappelons que, lors du consentement au mariage, la présence de témoins assistants et en quelque sorte instrumentaires est un élément constitutif du mariage. Mais ces témoins « valideurs » n'ont pas toujours la capacité voulue pour témoigner judiciairement de ce mariage. On peut être capable d'entendre valablement un consentement à un mariage et ne pas être admis à certifier la réalité de ce mariage une fois contesté.

Ainsi l'ascendant a double qualité pour valider et prouver le mariage d'un descendant, qu'il soit contesté par l'un ou par l'autre époux. Le descendant, lui aussi, peut par sa présence donner existence légale au mariage de son ascendant, mais il ne pourra prouver le mariage que contre son ascendant qui le nie ou le conteste. Sa capacité de témoin judiciaire est donc limitée.

En principe, le témoignage du tuteur n'est pas admis en cas de contestation du mariage de sa pupille. L'homme irréligieux qui peut recueillir un consentement pourra être récusé quand il s'agit de prouver l'acte.

Quoi qu'il en soit, le témoin « certificateur » comme le témoin « valideur » doit être majeur, sain d'esprit et musulman. Le mariage se prouve par la déclaration de deux hommes réunissant ces conditions, et de plus reconnus pour leur honorabilité, c'est-à-dire irrécusables; il peut également être prouvé par un homme et deux femmes d'une probité certaine. Les rites autres que le hanafite n'admettent que le témoignage des hommes.

3° **Le serment.** — Si l'homme ou la femme qui reconnaît le mariage se heurte à une dénégation de la part de son prétendu conjoint et ne peut pas compter sur la preuve testimoniale, la loi lui reconnaît le droit de déférer le serment à son adversaire et l'issue du litige dépendra de l'attitude que prendra la partie à laquelle on défère le serment. Si cette partie prête le serment requis, le demandeur est alors débouté de sa demande; dans le cas contraire, le mariage est établi.

Possession d'état. — Clavel cite une quatrième preuve: c'est la possession d'état d'époux légitime que certains auteurs, dit-il, (T. I. N° 134) considèrent comme suffisante pour établir le mariage. C'est un mode de preuve que ne

reconnaît pas le rite hanafite ; Clavel lui-même le rejette, La possession peut servir à corroborer les preuves fournies pour établir l'existence du mariage, mais seule elle ne peut en constituer une preuve suffisante. Une union libre, quelque longue qu'elle soit, d'un homme et d'une femme, ne peut point suppléer à l'acte de mariage.

En somme, la possession d'état en droit musulman ressemble beaucoup à la possession d'état française. La teneur de l'article 196 du C. C. F. indique assez clairement que la possession d'état couvre les irrégularités que pourrait avoir l'acte de mariage, mais elle ne peut pas suppléer à cet acte. Il eût été illogique dans une législation qui réglemente le mariage d'après les préceptes de la religion de reconnaître un effet juridique quelconque à une union libre ; comme d'ailleurs il serait contraire à l'esprit de la loi française et tout à fait inadmissible en droit français de se servir de la possession d'état pour prouver un acte que la loi veut solennel et authentique.

§ 2. **Modifications introduites en Égypte au sujet des preuves du mariage**

Le législateur égyptien a innové en ce qui concerne les preuves du mariage adoptées par la loi musulmane et les modifications qu'il a introduites sont d'une importance capitale ; elles traduisent par elles-mêmes la direction vers laquelle s'oriente l'intention du législateur moderne sous l'influence des principe européens relatifs à l'organisation et à la réglementation de tous les rapports sociaux, de quelque nature qu'ils soient, y compris les relations matrimoniales. Ces changements, cela va sans dire, ne portent aucune atteinte aux règles dogmatiques ; les conservateurs peuvent

se rassurer de ce côté, ces règles ne sont que mieux appliquées et plus minutieusement suivies. D'ailleurs, elles ne concernent que la preuve écrite du mariage. Le Coran n'a-t-il pas recommandé d'écrire toute espèce de contrat générateur d'obligation : « O vous qui croyez! lorsque vous contractez une dette payable à une époque fixée, mettez-le par écrit. Qu'un écrivain la mette fidèlement par écrit, que l'écrivain ne refuse point d'écrire selon la science que Dieu lui a enseignée ; qu'il écrive, et que le débiteur dicte ; qu'il craigne son Seigneur, et n'en ôte pas la moindre chose. Si le débiteur ne jouit pas de ses facultés, s'il est des faibles de ce monde, ou s'il n'est pas en état de dicter lui-même, que son patron (ou son ami) dicte fidèlement pour lui. Appelez deux témoins choisis parmi vous ; si vous ne trouvez pas deux hommes, appelez-en un seul et deux femmes parmi les personnes habiles à témoigner, afin que, si l'un oublie, l'autre puisse rappeler le fait. Les témoins ne doivent pas refuser de faire leurs dépositions toutes les fois qu'ils en seront requis. Ne dédaignez point de mettre par écrit une dette, qu'elle soit petite ou grande, en indiquant le terme du payement. Ce procédé est plus juste devant Dieu, mieux accommodé au témoignage, et plus propre à ôter toute espèce de doute, à moins que la marchandise ne soit là devant vous et que vous vous la passiez de main en main : alors il ne saurait y avoir de péché si vous ne mettez pas la transaction par écrit. Appelez des témoins dans vos transactions, et ne faites violence ni à l'écrivain, ni aux témoins ; si vous le faites, vous commettez un crime. Craigniez Dieu : C'est lui qui vous instruit, et il est instruit de toutes choses (1) ».

Le mariage, en plus qu'il contient souvent la reconnaissance d'une dette que le mari s'engage à payer à une date

(1) *Coran*, chapitre II, verset n° 282, traduction Casimiriski.

ultérieure, est un acte en lui-même bien plus important qu'une transaction civile ou commerciale ; il doit être, pour ce motif, traité d'une façon analogue, sinon plus stricte.

C'est ce que le législateur égyptien a essayé de faire en 1910 en exigeant pour la première fois la preuve écrite du mariage contesté après décès d'un des époux par le survivant. Mais, comme il s'agissait là d'une règle nouvelle faisant innovation, il fallait alors prendre des mesures concernant les faits antérieurs afin que la loi ne fut pas inique à l'égard des personnes qui, de bonne foi, n'avaient pas sauvegardé leurs intérêts matrimoniaux par des conventions écrites.

L'article 101 du Code de réorganisation des *Mehkémehs* et Réglement de leur procédure, promulgué par les deux décrets du 10 décembre 1909, n° 25, et du 3 juillet 1910, n° 31, établit la règle à suivre à partir de 1911, et indique les mesures à prendre quant aux faits antérieurs. Cet article laisse subsister les règles déjà expliquées en ce qui concerne les preuves du mariage, lorsque le litige est porté au *Mehkémeh* du vivant des époux. Il ne parle que des actions intentées après décès de l'un d'eux en cas de dénégation du survivant. Si le décès est consécutif à l'action intentée par le survivant, il ne peut, bien entendu, avoir aucun effet sur la continuation de la procédure.

La règle de l'article 101 en question est ainsi posée : « A partir de 1911, toutes les actions tendant à constater le mariage, le divorce ou leur reconnaissance survenus après cette date, qu'elles soient intentées après décès par l'un des époux ou par toute autre personne intéressée ou non, ne seront recevables que si elles sont basées sur des actes authentiques ou des actes écrits en entier et signés de la main du *de cujus* ». Un acte sous seing privé, non écrit par le décédé, mais simplement signé de lui, ne serait pas suffisant pour prouver le

mariage. La loi considère à juste titre que le mariage est un acte d'une grande importance et qu'il doit être, surtout après décès de l'un des deux conjoints, constaté par la preuve écrite la plus sûre. Le législateur a pris pour point de départ de l'application de ce décret l'année 1911, car c'est justement à partir de cette année que le nouveau règlement d'organisation des *Mehkémehs* est entré en vigueur.

Quelles mesures la loi a-t-elle prescrites pour les faits antérieurs à 1897, et pour ceux de l'époque placée entre 1897 et 1910 inclusivement ?

Pour les faits antérieurs à 1897, l'action de l'un des époux, tendant à la constatation du mariage ou de sa reconnaissance, pourra être reçue et la preuve testimoniale admise lorsque le mariage est de notoriété publique. Le législateur voit ici dans la possession d'état un fait corroborant l'acte de mariage qu'il permet de prouver.

Quant aux faits survenus à partir de l'année 1897 jusqu'à la fin de 1910, les actions intentées, soit par le conjoint, soit par toute autre personne, en vue de constater le mariage ou de le faire reconnaître ne sont recevables que si elles sont basées sur des documents ne présentant aucun soupçon d'altération et en attestant le bien fondé : un acte authentique de mariage, un manuscrit du *de cujus* ou une lettre signée de lui, ou une allusion indubitable au mariage dans un document quelconque.

Pourquoi donc la loi a-t-elle fait cette différence entre les faits antérieurs à 1897 et ceux qui sont postérieurs à cette date ? C'est parce que c'est en 1897 seulement que le législateur a exigé, par l'article 31 de l'ancien règlement des *Mehkémehs*, que l'action relative à la constatation du mariage soit, pour être recevable, basée sur des documents ne présentant aucun soupçon d'altération et en attestant le bien fondé. L'article 101, dernier alinéa, n'a donc fait que respec-

ter l'état de choses antérieur sans y apporter la moindre modification. Le législateur ne pouvait pas, bien entendu, sans violer les droits acquis, donner un effet rétroactif à la nouvelle règle.

Il est à souhaiter que le législateur fasse un pas de plus et exige pour la preuve du mariage un acte authentique. On l'exige bien pour la constitution d'hypothèque, acte qui est loin d'avoir des conséquences aussi grandes que le mariage.

§ 3. Les personnes chargées de la rédaction des actes de mariage

L'authenticité de l'acte de mariage n'est pas exigée par la loi, ainsi que nous l'avons déjà expliqué. Même après décès de l'un des époux, un document sous seing privé écrit entièrement de la main du défunt peut servir de base à l'action tendant à la constatation du mariage. Cependant, en pratique, il est excessivement rare que le mariage ne se contracte pas par acte authentique devant des officiers publics. Le peuple n'ignore pas qu'un acte authentique offre le maximum de garanties. De plus, il croit fermement que le mariage par devant le *cadi* est seul valable.

Les personnes autorisées à passer les actes de mariage sont les « *cadis* » et leurs délégués ou « *mazouns* ». Les premiers remplissent rarement cette mission, ce sont les seconds qui rédigent ordinairement ces actes pour le motif qu'ils sont plus en contact avec les habitants, surtout à la campagne, et mieux à même, par la nature de leur nomination, de s'acquitter de leur charge. Ils sont, en effet, choisis par les habitants d'un canton ou d'une localité, mais ils n'entrent en fonctions qu'après approbation du Ministère de la Justice. Toutefois, les *mazouns* ne remplissent cette mission toute

spéciale que sous la surveillance et le contrôle des *cadis*. Ce sont des agents publics à attributions limitées au mariage et au divorce. Leur régime ayant ses sources dans les circulaires purement administratives fut établi définitivement par l'arrêté ministériel du 7 février 1915 et ce, en exécution de l'article 383 des deux décrets de 1910 portant réorganisation des *Mehkémehs* et réglementation de leur procédure. Cet article chargeait, en effet, le Ministre de la Justice de promulguer un arrêté fixant les conditions de nomination aux postes de *mazouns*, leurs attributions, leur nombre et réglant tout ce qui concerne leurs fonctions. Il est seulement à regretter que le Ministre de la Justice ait mis environ cinq ans pour rendre cet arrêté.

§ 4. Les preuves du mariage en Algérie d'après l'avant projet " Morand "

L'éminent professeur exige dans son projet de code du droit musulman, pour la preuve du mariage, l'acte authentique dressé par le *cadi*. Cet acte, dit l'article 54 du projet, « fait foi pleine et entière, et il n'y a pas lieu de rechercher d'autres moyens de preuve. Il constitue la preuve principale et authentique du mariage, et toutes les prétentions élevées en dehors de cet acte sont nulles et inadmissibles, à la seule condition que les registres du cadi aient été régulièrement tenus et ne soient suspects d'aucune falsification ».

Pour le mariage qui remonte à une époque où la constatation des mariages sur les registres des *Mehkémehs* n'était pas assurée d'une façon continue et régulière, la preuve peut être faite par la déclaration des deux témoins. A cette occasion, il y a lieu de dire que Morand voulait faire admettre la preuve par déclaration d'un témoin mâle et de deux

femmes, dans le cas où il n'y aurait pas deux témoins mâles. Cette proposition concernant les deux femmes n'a pas été acceptée par la Commission. Morand voulait faire introduire la règle hanafite d'après laquelle deux femmes peuvent être entendues pour la preuve du mariage en même temps qu'un seul homme, mais il paraît que le principe malékite a prévalu au sein de la Commission.

L'aveu verbal ou écrit, le serment des prétendus conjoints ou de l'un d'eux, ne sont recevables, dit l'article 58 du dit projet, que pour prouver un mariage qui aurait été contracté en pays étranger.

On voit donc que la législation algérienne sera, quand le projet Morand sera devenu une loi, plus avancée que la législation égyptienne dans la réglementation des actes de mariage et plus exigeante quant aux garanties qui doivent entourer leur preuve. Il exige, en effet, la présentation d'un acte authentique que rien ne peut remplacer. Le projet a pourtant respecté la règle « *locus regit actum* » en autorisant pour les mariages contractés à l'étranger la preuve par l'aveu ou le serment. Il a agi sagement, car il y a malheureusement des pays musulmans où la réglementation du mariage est moins stricte, et l'Egypte est du nombre, du moins jusqu'à présent. Un jour ou l'autre, il faut l'espérer, l'Egypte ne se laissera plus devancer par ses voisins.

DEUXIÈME PARTIE

Droits de la femme pendant le mariage

Nous n'avons jusqu'alors parlé que des droits de la femme avant la consommation du mariage ; mais, une fois la cohabitation commencée, la vie conjugale fait naître à la charge du mari des obligations légales envers la femme, en dehors des droits qui peuvent être réservés à celle-ci dans l'acte même de mariage. En d'autres termes, les droits de la femme peuvent être légaux ou conventionnels.

Légaux, elle a le droit :

1° D'être traitée avec bienveillance ;

2° D'avoir une part égale, à celle de ses co-épouses, dans l'affection de son mari ;

3° D'être entretenue ;

4° D'administrer librement ses biens et d'en disposer sans restriction ;

5° De bénéficier de certains adoucissements au pouvoir disciplinaire marital ;

6° De sortie et de visite.

Examinons chacune de ces facultés.

CHAPITRE I

Droit de la femme d'être traitée avec bienveillance

C'est une erreur de croire que l'islamisme avilit la condition de la femme, au contraire, il ordonne qu'on la traite avec beaucoup de bienveillance. Que de gens s'imaginent encore que la femme musulmane n'est autre chose qu'un objet sans valeur ! Ils oublient, ou ils ignorent que cette musulmane qu'ils mésestiment prenait part jadis aux combats et que beaucoup d'entr'elles se sont distinguées dans les sciences et dans la littérature. Il est vrai que la situation actuelle de la femme musulmane est loin, en générale, de pouvoir être comparée à celle de la femme d'Occident, mais cela tient à l'état de décadence dans lequel se trouvent beaucoup de pays musulmans, plutôt qu'aux principes mêmes de l'islamisme. Contrairement au Code civil français, le Coran ne fait pas de la femme, quant à la liberté de sa personne, l'égale de son mari, mais il lui reconnaît, en revanche, la capacité que la femme française n'a pas, de gérer son patrimoine sans restriction. Nous aurons l'occasion de par-

ler de ce privilège de la femme dans un paragraphe spécial.

Le mari musulman, d'après la loi religieuse, doit traiter sa femme de la façon la plus bienveillante ; il ne peut jamais la maltraiter, ni outrepasser les limites raisonnables dans l'exercice de son droit disciplinaire, car sa puissance maritale sur la personne de sa femme est strictement limitée. L'emploi de la force brutale, les sévices graves lui sont complètement interdits.

Comment s'exprime le Coran à ce sujet ? « Elles sont (vos femmes) votre vêtement et vous êtes le leur (1) ». Ce qui veut dire que vous vous rendez des services mutuels. « Gardez-vous votre femme, traitez-la honnêtement ; la renvoyez-vous, renvoyez-la avec générosité (2) ». « Soyez bons dans vos procédés à leur égard. Si parmi vos femmes il y en a pour qui vous avez de l'éloignement, il se peut que vous ayez de l'éloignement pour une chose dans laquelle Dieu ait déposé un bienfait immense (3) ».

En Egypte, dans la classe éclairée en particulier, la femme occupe la place qui lui convient, car sa condition s'est améliorée très sensiblement. L'acheminement vers le relèvement général des femmes dans toutes les classes de la société s'accomplit, mais très lentement. Si la femme égyptienne n'est pas encore au point de vue intellectuel, l'égale de l'homme, cela tient au manque de diffusion de l'instruction beaucoup plus qu'à une application erronée des principes religieux.

---

(1) *Coran*, chapitre II, verset n° 183.
(2) *Id*, *ibid.*, verset n° 229.
(3) *Id.*, chapitre IV, verset n° 23.

CHAPITRE II

Égalité entre les épouses

La polygamie, dont nous parlerons bientôt, est en principe tolérée dans les pays musulmans. Nous tâcherons de prouver que ce principe est critiquable, tant au point de vue théorique que pratique. Pour le moment nous exposons les règles établies par la loi en vue d'assurer la plus parfaite égalité de traitement des épouses communes. La religion impose à l'homme d'agir à l'égard de ses épouses avec la plus stricte équité. Les détails dans lesquels est entré le législateur à ce sujet prouve l'importance qu'il attache à ce principe d'égalité des épouses devant les attentions de leur mari commun. Il semble vouloir leur faire oublier leur situation d'épouses associées n'ayant droit chacune qu'à une part de l'affection de leur mari commun.

Il semble également avoir voulu restreindre le nombre des maris polygames en interdisant à ceux-ci de marquer une préférence quelconque pour l'épouse, dernière en date, au détriment des autres, fussent-elles dans l'impossibilité de satisfaire à leurs désirs. Le mari, en effet, doit traiter ses co-épouses avec égalité aux points de vue sui-

vant : nourriture, vêtements, logement, partage des nuits. Pour les trois premiers points on n'a pas beaucoup de choses à dire ici, il suffit de faire remarquer qu'il faut tenir compte du rang social des femmes et en même temps de l'état pécuniaire du mari : la fille d'un roturier ne pourra pas prétendre vivre de la même façon que la fille d'un notable ; de même, cette dernière, au moins quand elle est de condition non supérieure à son mari, ne pourra pas exiger de son mari qu'il lui permette de mener une vie au delà de l'aisance de celui-ci. Quant à la cohabitation, la loi l'a minutieusement réglée sur la base de l'égalité. La femme est tenue d'accomplir le devoir conjugal, à moins de motifs légitimes. Cette obligation n'est pas corrélative chez l'homme, du moins chez les hanafites. L'article 151 du code du S. P. E. porte bien que « le mari n'est obligé judiciairement de cohabiter avec sa femme qu'une fois dans toute la vie conjugale ». Le texte de l'article suivant, imposant ensuite au mari « un partage égal des nuits » pour leur tenir compagnie, prouve que, en écrivant l'article 151, le législateur entendait donner au verbe « cohabiter » le sens de consommer le mariage et n'envisageait que le rapport sexuel. Il s'ensuit donc que le mari hanafite peut s'abstenir du devoir conjugal.

Cette règle rejetée par les autres rites est critiquée même par certains docteurs hanafites comme contraire à la loi naturelle d'abord, et contraire à des dispositions écrites du rite hanafite même : la femme n'a-t-elle pas le droit de demander la séparation pour cause d'impuissance du mari ? N'est-elle pas tenue comme lui au devoir de fidélité conjugale ?

Les autres rites estiment que l'abstention du mari cause à la femme un préjudice qui lui ouvre l'action en divorce (1).

---

(1) Clavel, *op. cit.*, t. I, n° 176.

Cette égalité du partage des nuits est imposée au mari sans qu'il puisse s'y soustraire sous un prétexte quelconque provenant de la femme : maladies, règles, couches, difformité, etc.

La maladie ne libère pas non plus le mari de son obligation de partage égal entre ses épouses, musulmanes ou *kitabiahs*, *bikrs* ou *saïbs*. S'il tombe malade dans sa demeure privée, il peut faire venir chez lui celle de ses femmes dont le tour est arrivé, et les autres la remplaceront dans l'ordre établi.

Si la maladie l'atteint pendant son séjour chez l'une d'elles, il a le droit de prolonger son séjour jusqu'à guérison. A titre de compensation, les autres épouses auront droit chacune au même nombre de nuits.

En aucun cas, une femme ne peut malgré elle être tenue de se trouver devant son mari en présence d'une co-épouse.

Le législateur n'a entendu imposer l'égalité, entre les épouses, des visites maritales et de la fréquentation qu'en ce qui concerne les nuits. Pendant le jour, le mari peut donc favoriser de ses visites celle qui lui plaît.

Quid si le mari est occupé toutes les nuits, comme il arrive pour les gardiens et veilleurs de nuit ? Les journées devront se partager également.

Le partage égal souffre cependant exception dans certains cas :

1° Quand la femme renonce à son tour en faveur de l'une de ses co-épouses ; les autres ne pourront rien réclamer à titre de compensation ; c'est un pur avantage personnel qu'elle fait à la cessionnaire. Il est bien entendu que la cédante peut à n'importe quel moment faire cesser le bénéfice accordé provisoirement à sa co-épouse.

2° Quand le mari fait un voyage, il a le droit de choisir, pour l'accompagner, celle de ses co-épouses qui sera apte à

lui rendre le plus de services en voyage. L'épouse élue devra le suivre alors même que son tour n'est pas venu. Il peut encore avoir un motif pour laisser à la maison celle dont le tour était venu parce qu'elle est meilleure ménagère. Cependant, on lui recommande d'avoir recours au tirage au sort. Aucune des épouses non emmenées ne pourra exiger que le mari, à son retour, passe chez elle autant de nuits qu'il en a passées avec sa compagne de voyage. C'est une exception que les circonstances justifient.

3° En cas de maladie de l'une de ses femmes, le mari pourra la voir hors tour ; il pourra également rester auprès d'elle jusqu'à sa guérison. C'est une exception dictée par un pur esprit d'humanité. Il peut se faire que la femme malade n'ait personne, autre que son mari, pour prendre soin d'elle.

Quant au laps de temps consécutif que le mari peut consacrer à chacune de ses femmes, il peut varier entre une nuit et sept jours ; une période plus longue laisserait une femme trop longtemps dans la solitude.

En cas de contravention du mari (1) à ces règles, la femme lésée pourra se plaindre au magistrat qui réprimandera le

---

(1) Les peines correctionnelles « *taazir* » en droit musulman sont celles que le *cadi* peut infliger à toute personne qui commet une contravention aux prescriptions de la loi, ou aux ordres de l'autorité légitime, ou à la morale. La gravité de la peine varie suivant les circonstances et elle est toujours laissée à l'arbitraire du juge. Les peines correctionnelles reconnues par la législation musulmane sont : l'exhortation, les réprimandes ou blâmes publics, l'amende, le bannissement, la flagellation jusqu'à 39 coups et l'emprisonnement ne dépassant pas 6 mois. Il est bien entendu qu'en Égypte le *cadi* n'a plus le droit d'appliquer ces peines à titre de correction, tout en pouvant donner à ceux qui en ont besoin, des conseils ou de légers reproches, devoir d'ailleurs de tout magistrat consciencieux. Ce sont les tribunaux de droit commun qui sont compétents de la répression des délits d'après les lois modernes. Il s'ensuit donc que l'inégalité de traitement entre les épouses, commise par le mari de celles-ci, n'étant pas punie par les lois pénales en vigueur, peut être commise ouvertement car le mari se trouverait à l'abri de toute poursuite délictuelle.

mari coupable. Si malgré cette admonition la femme est de nouveau l'objet d'une injustice de la part de son mari, le magistrat, sur la plainte de cette épouse, condamnera le mari récidiviste aux peines correctionnelles les plus graves, mais non à l'emprisonnement.

CHAPITRE III

De la « nafaqa » (entretien, habillement et habitation)

Notions générales. — Le devoir d'entretenir la femme tire son origine du *Coran*, de la *Sounna* et de l'*Idjman*. Il est d'ailleurs tout naturel, puisque c'est l'homme qui travaille au dehors pour subvenir aux frais du ménage tandis que la femme, chargée des travaux domestiques, dans l'intérêt du mari et de ses enfants, ne gagne généralement rien.

Les frais d'entretien auxquels la femme a droit comprennent sa nourriture, ses vêtements, son habitation et quelquefois les gages et l'entretien d'un ou de plusieurs domestiques. Tous ces frais incombent au mari à partir de la conclusion de l'acte valable de mariage, du moins d'après le rite hanafite (1). Nous avons déjà dit que la consommation accompagne rarement l'acte même du mariage, l'intervalle qui s'écoule entre les deux actes est consacré aux préparatifs du mariage, mais la femme n'en est pas moins liée à son

(1) Clavel, *op. cit.*, t. I, n° 185, qui remarque que le rite malékite fait dépendre le devoir d'entretien de la consommation du mariage.

mari. Il est donc, en droit, raisonnable que les frais d'entretien de la personne qui est dès maintenant sa femme, soient à la charge du mari, mais en fait les choses ne se passent pas ainsi. Jusqu'à la consommation, la femme continue à vivre avec ses parents qui la logent, l'habillent et la nourrissent. Par dignité ceux-ci évitent de réclamer pour leur fille des frais qu'ils n'ont réellement pas faits. Néanmoins, le mari envoie ordinairement à la femme des cadeaux composés de vêtements et de friandises qu'on nomme ordinairement « *nafaqa* », c'est-à-dire « entretien ». C'est autant pour faire plaisir à sa jeune femme que pour obéir à la loi, que le mari fait ces présents.

§ 1. De l'entretien

Des femmes ayant droit à l'entretien. — Le mari, qu'il soit pauvre, malade, impuissant ou en bas âge est tenu, dès la conclusion du mariage de pourvoir à l'entretien de sa femme, qu'elle soit riche ou pauvre, musulmane ou *kitabia*, jeune ou vieille, à condition toutefois d'être en âge de satisfaire au devoir conjugal et de se faire désirer. Si le mari prend chez lui, et pour vivre en sa compagnie, sa femme non encore nubile, il lui devra l'entretien ; nous le dirons plus loin.

Les frais d'entretien sont dus à la femme valablement mariée encore qu'elle se trouve en dehors du domicile conjugal, pourvu qu'on ne puisse lui reprocher cet éloignement. De cette règle découlent les conséquences suivantes :

1° La femme établie dans la maison de son père recevra ses frais d'entretien à condition qu'elle ne refuse pas sans raison de suivre son mari s'il la réclame.

2° La femme qui refuse de suivre son mari dans un voyage

à une distance de trois jours au plus du lieu où le mariage est contracté (art. 162 du code du S. P. E.), a droit aux frais d'entretien. C'est par pur esprit de pitié que quelques docteurs hanafites ont préconisé cette règle. Elle est cependant attaquée par d'autres qui estiment au contraire que la femme doit suivre son mari partout où les besoins de son travail l'appellent. Depuis peu, la jurisprudence, en Egypte, a complètement négligé l'application de l'article 162 en question ou plutôt l'a différemment interprété. Les tribunaux l'entendent en ce moment dans ce sens que la femme qui refuse de suivre son mari sera considérée comme désobéissante et partant, perdra tout droit aux frais d'entretien ; à moins que le mari n'ait décidé ce déplacement par pure méchanceté pour éloigner la femme de ses parents et être à même de pouvoir la maltraiter. Nous estimons que la jurisprudence a très sagement agi ; les moyens de communication étant devenus bien plus faciles et plus rapides, il n'est plus logique d'appliquer une règle faite pour les temps passés où les voyages étaient longs et ne se faisaient qu'à dos de chameaux. A l'époque où le législateur a exonéré la femme de l'obligation de suivre son mari, un déplacement de plus de trois jours ne représentait qu'un voyage qu'on fait maintenant en quelques heures par chemin de fer. Jusqu'au dit revirement de la jurisprudence des *Mehkémehs* en Egypte, on continuait néanmoins à appliquer littéralement la règle. Les fonctionnaires appelés à changer souvent de résidence ont été les premiers à profiter de cette nouvelle interprétation.

3° La femme qui se refuserait aux devoirs conjugaux faute de payement intégral de la partie de la dot stipulée payable d'avance, et qui, même pour ce motif, viendrait à quitter la maison de son mari, a droit aux frais d'entretien.

4° La femme qui, ayant ou après consommation du mariage, tombe malade au point d'être impropre à la coha-

bitation a droit aux frais d'entretien, qu'elle habite chez son mari ou chez ses parents. Dans ce dernier cas, il faut cependant que l'état de la femme malade ne lui permette pas de se transporter ou de se faire transporter au domicile du mari. Si donc elle est transportable, mais refuse de suivre son mari, il n'y aura qu'à lui appliquer les règles de droit commun : elle sera alors désobéissante.

Cependant certains docteurs refusent à la femme tombant malade avant consommation du mariage tout droit aux frais d'entretien lors même qu'elle ne pourrait pas se transporter au domicile conjugal. Ils justifient cette différence de traitement par ce raisonnement que la femme ne s'étant pas livrée à son mari et ne pouvant pas le faire n'a aucun droit aux frais d'entretien. Quoique ce raisonnement ne soit pas suffisamment bien fondé, le code hanafite égyptien a adopté cette opinion dans l'article 167 qui dispose : « La femme malade dont le mariage n'aura pas été consommé, et qui ne pourrait pas se transporter au domicile conjugal, n'aura pas droit à réclamer son entretien ».

5° Le mari en état d'emprisonnement est, lui aussi, obligé de fournir à sa femme les frais d'entretien, même si l'emprisonnement a pour cause une dette non acquittée envers sa femme et qu'il ne peut payer. Il y a lieu de dire, cependant, que la contrainte par corps n'existe en Égypte, ainsi que nous le verrons plus loin, que pour les dettes de *nafaqa*.

Entretien domestique. — Non seulement l'homme est obligé d'entretenir sa femme, mais il est encore tenu d'entretenir un ou plusieurs domestiques selon les besoins de sa femme et de ses enfants et aussi selon ses propres ressources.

Les femmes n'ayant pas droit à l'entretien. — Le législateur a exempté le mari des frais d'entretien de sa

femme dans un certain nombre de cas qui ne sont au fond que l'application pure et simple des règles de droit commun.

1° La femme qui n'est pas nubile, à moins que son mari ne la retienne au domicile conjugal pour qu'elle lui tienne compagnie.

2° La femme, nous l'avons dit, qui tombe malade avant la consommation du mariage et qui ne serait pas à même de se transporter au domicile conjugal.

3° La femme, qui entreprend un voyage, se rend en pélérinage aux deux villes sacrées de La Mecque et Médine, sans être accompagnée de son mari ou sans l'autorisation de celui-ci, n'a pas non plus droit à l'entretien. *Abou Youssouf* est cependant d'un avis contraire, mais son opinion n'a pas prévalu. Il eût été en effet injuste d'obliger le mari à entretenir une femme qui entreprendrait un voyage non consenti par lui. Il s'ensuit que si le mari entreprend lui-même un voyage et se fait accompagner de sa femme, il doit bien entendu supporter tous les frais de voyage et de séjour. Mais si c'est la femme qui fait le voyage dans son propre intérêt ou pour son agrément et qu'elle emmène avec elle son mari, celui-ci ne doit supporter que les frais de séjour, les frais de voyage restant à la charge de la femme. Cette solution est logique, car, le voyage n'ayant été entrepris que sur la demande de la femme, il est tout naturel que le mari n'en soit pas lésé.

4° Il n'est pas dû non plus de frais d'entretien à la femme emprisonnée même pour une dette dont elle ne pourra pas s'acquitter ; à moins que ce ne soit le mari qui l'ait fait arrêter pour dette envers lui (1).

5° La femme désobéissante perd aussi tout droit à l'entre-

(1) La prison pour dette autre que la *nafaqa*, nous l'avons déjà dit, n'existe pas en Égypte; le principe dont s'agit n'intéresse donc qu'au point de vue théorique et en tant que règle de la législation musulmane.

tien pendant tout le temps que dure sa désobéissance. On entend par femme désobéissante :

a) Celle qui abandonne le domicile conjugal sans y être autorisée par son mari et sans motif légitime. Nous avons dit plus haut que parmi ces motifs légitimes figure le non-paiement de la dot exigible d'avance. Cependant la femme qui se refuse à l'accomplissement du devoir conjugal ne commet pas un acte de désobéissance suspendant son droit à l'entretien.

b) La femme qui, pendant le jour et contre la volonté du mari, exerce une profession qui ne lui permet de rentrer au domicile conjugal que la nuit.

c) La femme qui, habitant avec son mari dans une maison lui appartenant en propre, interdit à celui-ci d'y entrer. Cependant si cette femme a réclamé sans succès à son mari une résidence conjugale autre que sa propre maison, elle ne perdra pas son droit à l'entretien.

Le désobéissance, réprouvée par le législateur, ne fait pas seulement perdre à la femme tout droit à l'entretien dans l'avenir, tant que dure cette désobéissance, mais la femme perd aussi le montant des frais échus non payés et même les sommes qu'elle aurait empruntées pour son entretien, à moins que cet emprunt n'ait eu lieu par décision judiciaire ou par autorisation du mari, auxquels cas elles constitueraient des dettes à la charge du mari.

Le retour à la vie en commun fait regagner bien entendu à la femme le droit à l'entretien. Il en est de même si la femme réintègre la maison conjugale même en l'absence de son mari quand, par exemple, il est en voyage et aussi lorsqu'elle laisse son mari entrer dans sa propre maison à elle.

6° La femme dont le mariage est entaché de nullité radicale et celle dont le mariage a été consommé par erreur sur la personne n'ont pas droit à l'entretien. Pour y avoir droit

il faut, ainsi que nous l'avons déjà dit, un acte de mariage valable. Il faut cependant faire exception pour le mariage conclu sans témoins. Cette exception a pour origine la controverse qui s'est élevée entre les différents rites quant à la valeur du mariage clandestin. Si *Abou Hanifa* le considère, contrairement à d'autres, comme absolument nul, il ne va pas jusqu'au point de lui enlever tout effet, quand sa nullité est prononcée. Aussi ne donne-t-il pas au mari droit de priver sa femme des frais d'entretien dans ce cas exceptionnel.

Mais qu'advient-il des frais d'entretien que le mari aura payés jusqu'à la constatation de la nullité autre que celle résultant de la clandestinité ? Si les frais ont dû être payés en vertu d'une décision judiciaire et à titre de provision pendant le cours de l'instance, le mari peut les répéter car le payement forcé avait pour base l'obligation à l'entretien, obligation qui n'était qu'illusoire. La solution n'est pas la même si le payement a été volontaire ; le mari payant de bon gré les frais d'entretien fait un acte de libéralité et se désiste par le fait même de toute réclamation future : solution logique et bien équitable.

Fixation de la « nafaqa ». — Nous avons dit précédemment que la *nafaqa* comprend la nourriture, les vêtements et le logement. Quant à l'évaluation de ces choses, les jurisconsultes ne sont pas d'accord. Les chaféites et avec eux une partie des hanafites font dépendre cette évaluation des fluctuations de la situation du mari. L'opinion qui prévaut chez les hanafites, les malékites et les hanbalites est que la *nafaqa* varie suivant, non seulement la fortune du mari mais encore la condition sociale de la femme (1). Par application de cette règle, si les deux conjoints sont riches, la

(1) L. Milliot, *op. cit.*, p. 126.

pension alimentaire sera assez élevée pour permettre à la femme de vivre aisément ; s'ils sont, au contraire, l'un et l'autre pauvres, la pension devra être modeste ; tandis que s'ils sont d'inégales conditions, le mari plus riche que la femme, la pension est médiocre, c'est-à-dire d'une valeur moyenne (1).

Mais quelle serait la solution dans cette hypothèse spéciale où, les deux conjoints étant d'inégales conditions, c'est le mari qui est pauvre ? La question est en effet assez délicate. Comment concilier les exigences de la créancière avec les possibilités réduites du débiteur de la *nafaqa* ? Le mari devra la *nafaqa* correspondant à la moyenne des deux conditions et fortunes de telle sorte que le mari se trouvera tenu *ultra vires*. Mais il fournira ce qu'il pourra de la pension fixée et le reste constituera une créance en faveur de la femme, payable lorsque la situation du mari se sera améliorée.

Cette règle suivie en Égypte pour la fixation de la *nafaqa* a pour origine un verset du Coran et un *hadith* du Prophète (2).

Le Coran qui n'envisage que l'état de fortune du mari s'explique ainsi : « Que l'homme aisé donne selon son aisance ; que l'homme qui n'a que le strict nécessaire donne en proportion de ce qu'il a reçu de Dieu. Dieu n'impose que des charges proportionnées aux forces de chacun. Il fera succéder l'aisance à la gêne (3). » Le *hadith* en question semble, lui, ne tenir compte que de la condition de la femme. Il avait été rendu à la suite d'une plainte portée au Prophète par la femme d'un homme aisé mais avare, qui refusait de lui fournir la *nafaqa* correspondant à sa fortune.

---

(1) Ibn Rochd, *op, cit.*, t. II, p. 45-46.
(2) Zeid Bey, *op. cit.*, t. I, p. 242-243.
(3) Chapitre lxv, verset n° 7.

Comme il s'était absenté sans acquitter la *nafaqa* qui lui aurait suffi, à elle et à son enfant, le Prophète dit à la plaignante qu'elle pouvait prendre elle-même chez son mari les aliments correspondant à sa condition à elle.

Les législateurs ont cru bon, pour concilier la règle coranique avec le *hadith*, d'admettre la règle que nous avons indiquée en cas d'inégalité des conditions.

La pension alimentaire peut être servie, au gré du mari, en nature ou en argent. Lorsque le mari s'est engagé à fournir les aliments en nature, il doit remplir consciencieusement son obligation, c'est-à-dire assurer à sa femme ses aliments en quantité et qualité dues. Sinon, elle pourra s'adresser au *cadi* qui, lorsque la réclamation sera fondée, condamnera le mari à payer en argent la valeur au jour du jugement de cette pension alimentaire.

Bien entendu ce chiffre ne sera pas immuable. En cas de hausse ou de baisse sensible des denrées, il pourra être modifié judiciairement (1).

Modes de payement. — Normalement le mari pendant le mariage fournit lui-même les aliments nécessaires à la femme. Lorsque la femme se croit lésée au point de vue de la nourriture, et que son mari refuse d'améliorer sa table, elle peut recourir au *cadi*. Celui-ci doit s'assurer de la véra-

(1) Nous ne pouvons, faute d'indication spéciale dans les statistiques du Ministère de la Justice, fournir le chiffre des procès relatifs à la pension alimentaire. Cependant les rapports annuels du Conseiller Judiciaire nous donnent les chiffres des jugements de pension alimentaire qui ont été l'objet d'exécution. Leur nombre fut de 46.288 en 1915 et de 44.068 en 1919. Nous faisons remarquer néanmoins que beaucoup de ces jugements ont dû être présentés plus d'une fois aux autorités compétentes pour être exécutés. Mais on peut se rendre compte de l'énormité du nombre des demandes de pension alimentaire par les chiffres que nous venons d'indiquer et ceux qui représentent les affaires soumises aux *Mehkémehs* durant les deux années précitées : ils sont respectivement de 83.685 et 93.854 dont le tiers approximativement a pour objet des demandes de pension alimentaire.

cité des allégations de la femme et de ce que son mari ne tient pas ordinairement une table garnie où la femme puisse prendre suffisamment de nourriture, puis il fixera la *nafaqa*.

Comment se paye la *nafaqa*? Cela dépend de la profession du mari. Travaille-t-il à la journée? Il payera à la femme quotidiennement et par anticipation la pension qui lui est fixée. Travaille-t-il à la semaine ou au mois? Il payera hebdomadairement ou mensuellement. Le cultivateur, lui, s'acquittera par annuités puisqu'il n'a d'autres revenus que le produit de ses récoltes annuelles.

Sanction. — Lorsque, malgré l'ordonnance judiciaire, le mari se refusera au payement de la *nafaqa*, le magistrat ordonnera son incarcération. Toutefois il ne recourra à cette mesure de contrainte que si les trois conditions suivantes se trouvent réunies :

1° Le mari est en état de payer la pension fixée;

2° Le *cadi* a déjà procédé à deux ou trois avertissements accompagnés de réprimandes sévères ;

3° C'est la femme qui requiert l'emprisonnement du mari récalcitrant.

Naguère la règle relative à l'emprisonnement pour dette de *nafaqa* n'était pas appliquée en Egypte. Ce n'est que depuis la promulgation du nouveau code de procédure qu'elle le fut. Toutefois le législateur n'a pas voulu laisser à l'arbitraire du juge la fixation de la durée de l'emprisonnement, il l'a, en effet, limitée à trente jours au plus (1). L'article 343 du Code de réorganisation des *Mehkémehs*, dispose en effet : « Si la partie condamnée à une pension alimen-

(1) D'après Al-Mabsout l'emprisonnement n'a pas de période fixe ; il doit être laissé à l'appréciation du *Cadi* qui emprisonne le mari récalcitrant le temps qu'il jugera nécessaire pour le contraindre à payer ou jusqu'à ce qu'il soit certain de son insolvabilité.

taire, au salaire de la garde de l'enfant *(hadana)*, au prix d'allaitement ou au prix d'habitation refuse d'exécuter la sentence, il en sera déféré au *Mehkémeh* sommaire du lieu de l'exécution. Le *Mehkémeh* après avoir constaté que les moyens de la partie condamnée lui permettent d'exécuter la sentence rendue, l'invitera à le faire. Si elle refuse, le *Mehkémeh* ordonnera sa contrainte par corps. La durée de cette contrainte ne pourra toutefois dépasser trente jours. Si la partie condamnée paye ou présente une caution, elle sera relaxée. On pourra toujours recourir à l'exécution par les voies ordinaires ».

L'emprisonnement n'est en somme qu'un moyen indirect d'arriver à l'exécution d'un jugement de *nafaqa* (1). C'est ainsi que le juge sommaire est compétent pour l'ordonner, quelque soit le tribunal qui a rendu le jugement. Il agit là en quelque sorte comme juge des référés. Il n'y a là rien d'anormal, le *cadi* sommaire connait des difficultés d'exécution des jugements en vertu de l'article 347 du code de réorganisation des *Mehkémehs*, comme d'ailleurs le juge sommaire indigène qui est en même temps juge des référés en vertu de l'article 28 du code de procédure.

Le législateur moderne a estimé que la crainte d'un

(1) Nous croyons intéressant de donner ici état représentant les emprisonnements pour dettes de *nafaqa* pendant cinq années consécutives (de 1915 à 1919).

ANNÉES	AFFAIRES PRÉSENTÉES			AFFAIRES JUGÉES				AFFAIRES TRANSIGÉES			AFFAIRES RAYÉES	TOTAL DES AFFAIRES TERMINÉES	AFFAIRES PENDANTES A FIN OCTOBRE
	Affaires pendantes à fin octobre de l'année antérieure	Affaires nouvelles	TOTAL	Emprisonnement	Rejet	Cautionnement	Paiement	Réconciliation	Répartition de la somme due	Divorce	Pour non comparution des parties		
1915	1820	20037	21857	8241	840	25	1080	43	320	167	9445	20161	1696
1916	1696	18096	19792	7332	728	19	1100	31	177	120	8894	18401	1391
1917	1391	18147	19538	7246	657	13	1018	44	143	138	8844	18103	1435
1918	1435	16050	17485	6204	467	14	982	27	154	80	8433	16361	1124
1919	1124	13362	14486	4705	407	13	707	15	111	70	6900	12928	1558

emprisonnement d'un mois est suffisante pour amener un mari récalcitrant à payer la *nafaqa*. D'ailleurs, durant un mois on peut très facilement se rendre compte de ce que peut posséder le mari obstiné et se faire payer par les autres moyens d'exécution communs à toutes les sentences : par la vente de ses biens, meubles et immeubles, la saisie-arrêt, etc...

En pratique la femme n'en arrive à employer ce moyen de contrainte que lorsqu'elle ne vit pas en commun avec son mari. Elle n'a aucun motif de se plaindre quand la table est commune.

Quid si le mari condamné est sans ressources? Nous venons de dire que l'emprisonnnement n'était qu'une mesure conditionnnelle devant amener le mari récalcitrant à s'exécuter. En l'espèce cette mesure serait inefficace. Aussi le *cadi* peut-il autoriser la femme, après lui avoir fixé le montant des frais de son entretien, à acheter ses aliments à crédit ou à emprunter pour se les faire procurer et pour compte de son mari. Un moyen légal et pratique dont la femme peut encore user dans de telles circonstances est de se faire avancer la *nafaqa* par le parent qui en est chargé à défaut du mari : fils, frère, mère, etc., sauf, pour le dit parent à se faire rembourser ce qu'il aura payé par le mari revenu à meilleure fortune. Ce parent tenu de l'entretien à la place du mari peut lui aussi être contraint par voie d'emprisonnement : moyen qui n'est pas employé en pratique.

Mais la femme peut-elle en cas de non-payement de l'entretien demander le divorce (1) ? Le rite hanafite ne lui reconnaît pas ce droit, quelle que soit la condition du mari. Clavel (2) et après lui Milliot (3) ont cru à tort que lorsque

(1) Il y a lieu de faire ici une réserve relative à loi de 1920 dont nous parlerons plus loin ; cette loi a, en effet, apporté des modifications capitales aux règles appliquées en cette matière.

(2) Clavel, *op. cit.*, t. I, n° 205.

(3) Milliot, *op. cit.*, p. 127-128.

le mari est aisé son refus persistant d'entretenir sa femme autorisait celle-ci à demander le divorce, sous prétexte que l'article 177 dispose que « si le mari est dans un état de gêne constaté et qu'il n'ait point de ressources pour pourvoir aux frais d'entretien de sa femme, le magistrat ne le fera pas arrêter et ne prononcera pas le divorce pour ce motif ». Ils en déduisent *a contrario* que le divorce pourra être encouru si le refus du mari provient de son mauvais vouloir. C'est une erreur. Le rite hanafite n'a jamais connu cette règle.

Si le mari aisé s'obstine à ne pas entretenir sa femme, celle-ci n'est pas désarmée puisque les biens de son débiteur répondent de sa dette ; elle trouvera à emprunter et la contrainte par voie d'emprisonnement lui est ouverte contre lui. Mais la femme créancière d'un mari gêné, est moins armée, moins protégée; et malgré cela, l'article 177 a voulu indiquer que, contrairement à la solution du rite Malékite, la voie du divorce ne lui est pas ouverte (1). L'article 177 n'a pas entendu interdire l'action en divorce seulement aux femmes dont le mari est gêné; en la refusant à celles qui sembleraient avoir toutes les raisons d'y recourir comme dernière ressource, il entend la refuser à toutes.

D'ailleurs c'est un point qui est à l'abri de toute discussion chez les hanafites. On verra plus loin, quand nous ferons le commentaire d'une fort importante loi introduite en Egypte en 1920, que même le législateur moderne, malgré son désir d'obvier aux inconvénients de quelques règles hanafites, entr'autres celles concernant le divorce de la femme en cas où son mari ne lui payerait pas la *nafaqa*, n'a pas même prescrit la règle que Clavel et Milliot veulent tirer comme conséquence de l'article 177. L'article en question dispose justement qu'on doit exécuter le jugement allouant

(1) Sahnoun, *Al Moudaouanat Al Koubra de l'Imam Malek*, t. II, p. 192-193.

la pension alimentaire sur les biens du mari s'il en a, mais n'accorde pas à la femme le droit de demander le divorce dans ce cas.

§ 2. De l'habillement

Outre la nourriture, le mari doit fournir à la femme deux vêtements complets tous les ans : un pour l'hiver et un pour l'été. Le droit à l'habillement n'existe qu'en cas de mariage valable, comme le droit à la nourriture. Comment ces vêtements sont-ils fixés ? En tenant compte de la fortune des époux et surtout des usages locaux. Les vêtements comme les aliments peuvent être fournis en nature ou en espèces; mais les *Mehkémehs*, comme ils le font pour la pension alimentaire, déterminent toujours la valeur des vêtements à payer tous les six mois. Le payement du montant fixé pour les vêtements se fait par anticipation.

Nous venons de dire que la femme ne pourra réclamer que deux costumes annuellement : un en été, l'autre en hiver. Mais si le costume reçu pour une période quelconque est usé normalement avant terme, la femme aura le droit d'en réclamer un supplémentaire. Au contraire, si le vêtement se perd par mauvais usage, la femme n'aura pas droit à un autre.

§ 3. De l'habitation

La *nafaqa* comprend aussi, nous l'avons dit, le droit de la femme à un logement séparé. Ce logement est dû, lui aussi, quand le mariage est valable, et il est proportionné encore à la condition des époux. Sont-ils aisés ? Le mari est obligé de

loger sa femme dans une maison particulière; si sa situation ne permet pas ce luxe, le mari est obligé de faire habiter sa femme dans un logement en rapport avec la fortune des époux. Quel qu'il en soit, ce domicile privé doit être indépendant et posséder toutes les commodités nécessaires; les voisins doivent être d'une classe correspondante à celle des époux.

La femme a droit, non seulement, à une maison indépendante ou à un logement distinct, séparé, mais elle a aussi le droit d'y vivre seule sans que son mari puisse la contraindre à vivre dans la même maison que sa coépouse, ou à accepter avec elle une des parentes du mari, si proche qu'elle soit; cette parente peut néanmoins habiter dans la même maison. D'un autre côté la femme n'a le droit de garder auprès d'elle aucun de ses parents ni de ses enfants mineurs issus d'un autre mariage. La loi est donc plus sévère sur ce point pour la femme que pour l'homme, puisque l'enfant de celui-ci, lorsqu'il n'a pas l'âge de raison, peut être imposé à la garde de la marâtre dans sa propre maison.

Le législateur, voulant assurer la tranquillité de la femme dans son logement, lui donne le droit de réclamer son déménagement dans les cas qui suivent :

a) Quand, dans la maison, habite une coépouse. Quoique très controversée, cette disposition à été néanmoins adoptée sans réserve en Égypte.

b) Quand la femme a à se plaindre d'injures ou de procédés malveillants de la part de la parente du mari, vivant dans la même maison.

c) Lorsque la femme vit seule dans une maison, ou bien lorsque, n'ayant ni enfant ni servante, elle est délaissée par son mari pendant la nuit. Dans cette dernière hypothèse la femme peut préférer, au lieu d'un déménagement, que son mari lui procure une compagne. L'appartement fourni à la

femme doit être garni des meubles et menus objets nécessaires, alors même que l'épouse aurait des meubles personnels suffisants.

§ 4. Entretien de la femme dont le mari est absent

Nous avons jusqu'alors supposé que le mari tenu ou non de la *nafaqa* était présent; il convient maintenant d'examiner la situation de la femme dont le mari est absent en ce qui concerne l'exercice de ses droits à l'entretien.

L'absence du mari n'enlève pas, par elle-même, à la femme qui remplit toutes ses obligations son droit à l'entretien. Comment obtiendra-t-elle le paiement de cet entretien ? En s'adressant au magistrat qui tout d'abord lui fera jurer :

1° Que son mariage est valable, qu'elle a rempli toutes ses obligations d'épouse, qu'elle n'est pas en état de retraite répudiaire expirée; en un mot, qu'elle a légalement droit à son entretien;

2° Que son mari ne lui a rien remis pour pourvoir à ses besoins.

Ceci fait le magistrat fixera le montant de la *nafaqa* et autorisera la demanderesse à percevoir sa créance ainsi fixée sur les biens propres du mari absent.

Trois cas peuvent se présenter :

a) Le mari a laissé chez lui des denrées ou des valeurs;

b) Le mari a des créances ou des biens et valeurs en dépôt, chez des tiers;

c) Le mari n'a rien laissé qui puisse être saisi par la femme.

Première hypothèse. — Si le mari laisse chez lui des denrées que la femme peut utiliser pour son entretien, ou des valeurs en or ou argent, monnayées ou non, la femme sera autorisée

à puiser dans les denrées ou valeurs jusqu'à concurrence de ce qui lui est dû.

Il lui est même permis de prendre ce qui lui est nécessaire avant jugement : la fixation de la *nafaqa* par le juge n'est faite que pour éviter toute constestation ultérieure au sujet du quantum de la pension et autres accessoires.

Deuxième hypothèse. — Si le mari a laissé des créances ou bien des dépôts en argent ou en denrées alimentaires, la femme sera payée sur leur montant, à condition toutefois que débiteurs ou dépositaires reconnaissent leurs dettes et ne nient pas le mariage. Le juge ordonnera aux débiteurs ou dépositaires de payer la pension et d'imputer les sommes versées ou denrées consignées sur le montant par eux dû au mari.

Mais *quid* en cas de dénégation, de la part du débiteur ou du dépositaire, soit du mariage prétendu par la femme, soit de l'existence de la créance ou du dépôt ? Si le magistrat a personnellement connaissance de l'existence de l'acte ou des actes niés, il passera outre et ordonnera le paiement comme ci-dessus indiqué. Il ne faut pas s'étonner de cette solution qui est cependant contraire aux principes de droit commun en vertu desquels le magistrat ne doit pas résoudre les litiges d'après ses connaissances personnelles. Il n'y a pas ici de jugement proprement dit puisque le mari, absent, n'a pas été représenté dans le procès ; le magistrat ne fait alors que donner un ordre qui ne pourra acquérir contre le mari force de chose jugée et demeurera susceptible d'être révoqué lors du retour de l'absent.

Mais qu'arrivera-t-il si le *cadi* n'a pas connaissance des faits niés ? La solution est controversée. L'*Imam Al Azam* et ses deux compagnons *Mohamed* et *Abou Youssouf* estiment qu'en l'absence du mari, partie intéressée dans la preuve de ses créances et de son mariage invoqués, la demande de la

femme dans de telles circonstances doit être rejetée. *Zofar*, jurisconsulte distingué, pense que la demande est, au contraire, recevable et que la femme doit être admise à prouver par témoins le fait nié. Cette solution plus humaine à l'égard de la femme a l'avantage de ne pas nuire à l'absent. En effet, si à son retour celui-ci reconnaît la prétention de sa femme, tout est bien réglé ; s'il la conteste et prouve que le paiement de la *nafaqa* a été fait indûment, il a droit à une action contre la femme et sa caution comme nous l'expliquerons bientôt.

C'est l'opinion de *Zofar* qui a prévalu et qui a été consacrée par l'article 189 du C. du S. P. E.

Il peut se faire que le mari laisse en même temps chez lui des valeurs ou des denrées et objets pouvant servir à l'entretien, puis des biens ou valeurs en dépôt et enfin des créances. Sur quoi devra être prélevée la *nafaqa* ? D'abord sur les valeurs, denrées et objets qui ont été laissés à la maison, ce sont les choses qui risquent le plus, puisqu'elles n'ont été remises à la charge de personne. En cas d'insuffisance on fera appel aux biens confiés à la garde d'un dépositaire tenu légalement de veiller à la sauvegarde des choses à lui confiées, mais sa responsabilité n'est pas pourtant illimitée puisqu'il ne répond pas de la perte de ces choses par cas fortuit ou de force majeure. Viennent ensuite les créances dont le paiement est garanti légalement par tout ce que possède le débiteur.

De cette façon le paiement de l'entretien sera fait au mieux des intérêts du mari.

Troisième hypothèse. — Lorsque le mari absent ne possède rien ou plus exactement ne laisse rien qui puisse être saisi par la femme, celle-ci peut être autorisée à acheter à crédit pour compte de son mari ce qui lui est nécessaire pour vivre ou à emprunter pour faire ces acquisitions. Nous verrons plus

loin qu'elle n'a pas dans cette dernière hypothèse, d'après le rite hanafite, le droit de demander le divorce.

La femme ne peut être autorisée à vendre un bien meuble ou immeuble de son mari pour acquitter la *nafaqa*. Ses immeubles peuvent être loués et le loyer lui en être remis jusqu'à concurrence de sa créance.

Précautions à prendre par le cadi. — Nous avons dit que la femme qui exerçait contre son mari absent l'action en paiement de *nafaqa* était tenue d'affirmer sous serment : que son mari ne lui avait pas avancé la *nafaqa*, et qu'elle n'était ni désobéissante, ni en état de retraite répudiaire expirée. De plus, et afin de sauvegarder les intérêts de l'absent, le juge exige de la femme une caution valable répondant de la restitution éventuelle de ce qu'elle aura reçu si plus tard il est prouvé qu'elle n'y avait pas droit.

Retour du mari absent. — Le retour du mari peut entraîner des contestations non seulement entre lui et sa femme, mais encore entre lui et ceux, dépositaires ou débiteurs, qui ont fourni l'entretien.

Examinons chacun des conflits possibles :

1° *Le mari prétend avoir avancé l'entretien avant son départ.* — Si la femme avoue le fait, elle sera tenue de restituer ce qu'elle a touché indûment comme entretien. Mais la caution sera libérée et le mari n'aura de recours que contre sa femme, parce que l'aveu n'a d'effet que contre celui qui le fait.

Si la femme nie le prétendu versement anticipé de la *nafaqa*, le mari devra administrer la preuve de son assertion ; faute de preuve, il aura la faculté de déférer le serment à sa femme. Ou bien celle-ci acceptera le serment et le procès sera terminé ; ou bien elle refusera le serment et le mari

aura alors dans ce dernier cas le droit de poursuivre en restitution la femme et la caution.

En principe le refus d'accepter le serment déféré équivaut à un aveu. Ici l'un et l'autre de ces moyens de preuve ne produisent pas le même effet, puisque l'aveu fait par la femme libère sa caution, tandis que le refus du serment maintient la responsibilité du garant. Les commentateurs critiquent la non-libération de la caution dans le second cas qui, d'après eux, devrait être complètement assimilé au premier quant à ses conséquences. Il nous semble que c'est plutôt la libération de la caution qu'il faut critiquer. La caution, en effet, n'a été imposée que dans l'intérêt de l'absent; il suffira donc à la femme de reconnaître que ce qu'elle a juré judiciairement était faux et le mari perdra son action en garantie contre la caution. La fraude est donc possible.

2° *Le mari dénie le mariage.* — La femme sera dans ce cas tenue de prouver par témoins qu'elle est l'épouse du demandeur; elle pourra, conformément à l'article 145 du C. de S. P. E., lui déférer le serment dont dépendra l'issue du procès, puisque c'est elle qui a invoqué le mariage pour se faire allouer la *nafaqa*. Bien entendu, si le mari prête le serment, il aura alors une action en restitution contre la femme et la caution. Lorsque des objets ou valeurs déposés auront été remis indûment à la femme, le mari pourra poursuivre légalement le dépositaire. Le débiteur du mari qui aura versé des fonds pour servir d'entretien pourra lui aussi être poursuivi, mais non la femme. Autrement dit la femme peut être poursuivie par le prétendu mari pour le dépôt et non pour les créances.

Selon certains auteurs, entr'autres *Zeid Bey* (1), ce droit

(1) Zeid Bey, *op. cit.*, p. 269.

de poursuite contre les dépositaires ou les débiteurs ne se justifie que lorsqu'ils ont payé volontairement à la femme, ou bien lorsque, appelés devant le magistrat, ils ont reconnu les dépôts ou les créances sans contester toutefois à la demanderesse la qualité d'épouse qu'elle prétend avoir, ou sans exiger d'elle qu'elle fasse la preuve de son mariage. La croire sur parole et négliger de faire constater judiciairement l'existence du mariage constitue pour eux une faute grave, sinon une fraude des droits de l'absent. Mais s'ils ont contesté le mariage et que le *cadi* en ait néanmoins proclamé l'existence par un jugement ordonnant aux dépositaires de livrer les objets déposés ou au débiteur de payer à la demanderesse, il semble à ces auteurs bien injuste de les rendre responsables d'un paiement qu'ils ont fait par ordre, sans qu'aucune faute puisse leur être reprochée.

Cependant le texte de l'article 192 ne permet pas de faire cette distinction entre les dépositaires ou débiteurs négligents et ceux qui ne le sont pas. « Si le mari prête serment, il pourra poursuivre en paiement la femme ou le dépositaire ; s'il s'agit d'une créance il ne pourra poursuivre que le débiteur qui aura recours contre la femme ». En trompant par de fausses preuves le juge et les tiers sur un mariage qui n'existe pas, la femme commet un dol. Mais qui en sera en définitive victime si la femme ne restitue pas ? Le prétendu mari qui n'a pas été mis en cause ou les débiteurs imprudents ou non ? Le législateur a voulu qu'en aucun cas ce ne fut le premier (1).

3° *Le mari allègue que la femme était répudiée et la retraite expirée au moment de son départ et que de ce fait l'entretien a été indûment payé.* — S'il parvient à prouver le fait qu'il articule, il aura contre son ex-épouse seule ou sa caution

(1) Clavel, *op. cit.*, t. I, n° 216.

une action en restitution, car les dépositaires ou les débiteurs sont excusables d'ignorer le divorce. Ici leur bonne foi légalement présumée les libère, contrairement à ce qui a lieu dans la précédente hypothèse d'après la règle adoptée par l'article 192 du C. du S. P. E.

Mais si le mari détruit cette présomption de bonne foi en établissant que les dépositaires ou les débiteurs avaient connaissance de la dissolution du mariage, il peut les poursuivre en restitution.

Contestations relatives au paiement de l'entretien ordonné par le cadi. — L'article 194 du code du S. P. E. prévoit le cas où le dépositaire auquel le tribunal a ordonné de pourvoir à l'entretien de la femme de l'absent, prétend qu'il a avancé le dépôt ou la créance et que la femme le dénie : le dépositaire est cru en sa déclaration, sans doute parce qu'en principe un dépositaire est une personne digne de confiance, tandis que le débiteur est obligé de fournir une preuve.

Divorce en cas d'absence du mari. — L'article 190 du C. du S. P. E. statuant sur le cas où le mari absent n'aura laissé aucun bien se termine par la phrase suivante « mais il (le magistrat) ne pourra prononcer le divorce quoique la femme le réclame ».

Le rite hanafite, en effet, contrairement au malékite ne reconnaît dans un aucun cas à la femme le droit de demander seule le divorce. Mais Clavel, ne se rendant pas bien compte de ce principe incontesté chez les hanafites, retombe dans l'erreur qu'il a déjà commise en interprétant l'article 177 relatif à l'indigence du mari « Le rite hanafite, répète-t-il, n'admet le divorce qu'à la double condition que le mari ne remplisse pas son obligation et qu'il n'en soit pas empêché

par un état absolu de gêne ». Nous avons dit ce qu'il fallait penser de cette interprétation erronée. Il ajoute : « L'absence n'implique pas forcément l'abandon, et sa femme dès lors, ne peut s'en faire un grief. Il en serait autrement, à notre avis, si le mari était parti sans esprit de retour, abandonnant sa femme volontairement et négligeant d'assurer ses besoins quotidiens; l'article 177 permet de le décider ainsi par analogie. Il y a donc quant au divorce une question de fait abandonnée à l'appréciation du magistrat qui toutefois ne pourra le baser sur le seul fait de l'absence ».

Nous répondons encore à M. Clavel que, d'après le rite hanafite, pas plus dans le cas d'absence que dans le cas de gêne du mari, la femme ne peut demander le divorce. C'est une règle absolue, assez difficile, il est vrai, à concilier dans la législation musulmane avec le droit trop absolu, à notre avis, pour l'homme de rompre le mariage.

La loi égyptienne n° 25 de 1920, à laquelle nous consacrerons un chapitre spécial, a d'ailleurs comblé la lacune de l'article 190 en question, en établissant les règles qui permettent à la femme abandonnée d'avoir la *nafaqa* si possible, sinon de demander le divorce; mais en empruntant ses dispositions aux autres rites et notamment au malékite nous nous permettons de faire remarquer à M. Clavel que les articles du Code du statut personnel égyptien n'admettent pas de commentaires. Son auteur *Kadri Pacha* n'a pas innové; il n'a fait que condenser, sous forme de code, les règles hanafites depuis longtemps suivies en Égypte et dans d'autres pays musulmans adoptant ce rite, et abondamment commentées par les jurisconsultes les plus éminents. C'est donc aux sources, à ces commentaires mêmes, qu'il faut recourir pour connaître la portée exacte des dispositions contenues dans ce code et pour donner la solution qui convient dans les hypothèses non prévues dans ses articles.

Le gouvernement égyptien n'admet que l'application des règles hanafites anciennes, compte tenu des modifications qu'il a pu y apporter par des lois ou règlements. « Les jugements, dit l'article 280 du code de réorganisation des *Mehkémehs*, seront rendus en conformité des opinions les plus accréditées du rite hanafite, des dispositions du présent règlement, et en cas de différend entre les époux sur le montant de la dot, d'après l'opinion d'*Abou Youssouf*. Toutefois, toutes les matières ayant fait l'objet de la loi n° 25 de 1920 seront régies par les dispositions de la dite loi. »

Nature de la créance d'entretien. — Tous les rites admettent que les frais d'entretien, déterminés d'un commun accord par les époux, ou fixés judiciairement constituent en faveur de la femme une créance contre son mari.

Mais cette créance est spéciale, car elle a des règles qui lui sont propres et elle présente des caractères différents selon qu'elle a ou qu'elle n'a pas été préalablement fixée :

a) Déterminée par les époux ou fixée par le juge, elle est imprescriptible pendant toute la vie du mari : « Dans le cas, dit l'article 199, où la femme ne l'aura pas réclamée en tout ou en partie aux échéances fixées, elle pourra, tant qu'elle et le mari sont vivants, être admise à se faire payer le montant de l'arriéré, quelque long que soit le temps écoulé. »

Si la *nafaqa* a été fixée judiciairement, il va de soi qu'elle est imprescriptible comme tout jugement. Le législateur n'a pas voulu traiter différemment la *nafaqa* consentie par les époux.

Il est à noter qu'en droit civil égyptien les créances fixées par jugement se prescrivent par 15 ans (Art. 208 code indigène et art. 272 code mixte). Elles se prescrivent par 30 ans en droit civil français (Art. 2262). Le « *chari* » diffère

donc, au sujet de la prescription de la *nafaqa*, de ces deux législations modernes.

b) Comment se prescrit une *nafaqa* non fixée au préalable ?

Les opinions diffèrent selon les rites, parce que chacun d'eux attribue à l'entretien un caractère différent.

Selon les hanafites la *nafaqa* est en principe une libéralité faite par le mari à sa femme. Ils ne lui reconnaissent le caractère d'une créance que lorsque les époux l'ont voulu expressément ou lorsque la femme a dû recourir à la justice pour sa fixation. Donc si les frais d'entretien n'ont été ni convenus, ni fixés, la femme risque de ne rien recevoir et de ne pouvoir rien réclamer, s'il plait au mari de ne pas l'entretenir. Elle devra alors recourir à la justice et, pour lui permettre d'attendre la décision judiciaire, le législateur a décidé que sa créance se prescrirait par un mois.

En somme pour les hanafites la créance de *nafaqa* préalablement fixée est imprescriptible pendant la vie du mari ; non fixée, elle est soumise à la prescription d'un mois.

Les malékites, eux, considèrent que l'entretien constitue une créance quand le mari est aisé, qu'il y ait eu ou non détermination de son quantum. La *Moudaouanat* (1) le dit pour le mari aisé absent.

Contre un mari malékite qui ne peut fournir la *nafaqa* la femme n'a que la ressource du divorce.

Les malékites estiment que la femme qui ne réclame pas, à l'échéance, l'arriéré de ses frais d'entretien, même déterminés par convention, en fait la remise à son mari. Toutefois cette présomption de remise n'existe pas quand la créance a fait l'objet d'une décision judiciaire.

---

(1) Un des principaux commentaires du rite malékite que nous avons déjà eu l'occasion de citer.

Le décès du mari emporte déchéance absolue de la femme comme dans le rite hanafite.

Pour les chaféites et les hanbalites, l'entretien a pour origine le mariage, acte qui engendre à la charge du mari des obligations au nombre desquelles ils font figurer l'entretien du ménage et celui de la femme. La femme a donc droit à l'entretien, qu'il soit convenu, fixé judiciairement ou non.

Cette dernière opinion est à notre avis la plus conforme aux principes du droit naturel.

Circonstances qui font perdre le droit à l'entretien. — Le droit de la femme à l'entretien n'est pas stable; il risque d'être suspendu et même anéanti. Quelles sont ces circonstances qui menacent son existence ?

1° *La remise volontaire des frais dûs.* — Lorsque les frais d'entretien ont été déterminés conventionnellement ou judiciairement, la femme peut faire remise à son mari de tout arriéré. Elle peut même abandonner un terme exigible d'avance, fût-il d'une année. Nous avons dit, en effet, que la *nafaqa* se paye par anticipation et par période d'un jour, d'une semaine, d'un mois, ou d'une année suivant les cas. Lorsqu'une de ces périodes a commencé, les frais y afférents sont dûs à la femme; c'est pourquoi elle peut abandonner ce terme devenu exigible. Il s'ensuit qu'elle ne pourrait valablement libérer son mari du payement d'un terme à échoir, c'est-à-dire de la *nafaqa* d'une période non commencée.

2° *La mort de l'un ou de l'autre des époux.* — La mort de l'un ou de l'autre des époux fait en principe tomber tout droit à une réclamation relative à la *nafaqa* : La femme ne pourra pas poursuivre les héritiers du mari en vue de se faire payer sur la succession l'arriéré dû. Par exception elle pourrait demander le remboursement des sommes qu'elle aurait, en vertu d'une décision judiciaire ou d'un accord avec

le mari, empruntées pour son entretien et pour compte du mari. Si le *prêteur* l'oblige à restituer ces sommes, elle aura alors recours contre la succession.

De même si le mari a, pour quelque période que ce soit, avancé par anticipation à la femme ses frais d'entretien, celle-ci sera à l'abri de toute réclamation future de la part des héritiers, si son mari prédécède. Pour les hanafites, nous l'avons dit, la *nafaqa* n'est qu'une sorte de don : tout ce qui a été remis à la femme au-delà de l'entretien dû lui reste acquis parce que donné.

Chez les malékites, les chaféites et les hanbalites, le décès du mari entraînant déchéance absolue de la femme, il s'ensuit que les héritiers ont droit de répéter la *nafaqa* payée pour le temps qui a suivi la mort de leur auteur.

3° *L'inconduite et la désobéissance de la femme.* — Ces faits, nous l'avons dit, suspendent son droit à l'entretien. De plus ils lui font perdre tout ce qui est échu et non payé, et même ce qu'elle a emprunté sans l'autorisation du *cadi* ou du mari.

§ 5. **Exécution de la nafaqa**

La *nafaqa* échue s'exécute, comme tout autre dette, par tous les moyens légaux : saisie mobilière, saisie immobilière, saisie-arrêt. Les litiges relatifs à la *nafaqa* sont aujourd'hui de la compétence des *Mehkémehs*. L'article 16 du règlement d'organisation des tribunaux indigènes a, en effet, exclu de la compétence de ceux-ci toutes les questions relatives au statut personnel et entr'autres à la *nafaqa*. Un arrêté ministériel du 4 avril 1907 a réglementé la procédure d'exécution des jugements rendus par les *Mehkémehs*. Quelques prescriptions ont complété l'arrêté en question.

L'étude de la procédure d'exécution ne rentre pas évidemment dans le cadre de notre sujet. Nous nous contenterons de citer les restrictions apportées en faveur de l'exécution de la *nafaqa*.

1° L'article 455 du code de procédure civile indigène (518 mixte) cite un certain nombre d'objets mobiliers qui ne peuvent être saisi « si ce n'est pour loyers, fermages ou pour dettes d'aliments ».

2° La loi n° 4 de 1913 qui institua l'insaisissabilité de la petite propriété agricole a encore fait exception pour le recouvrement de la dette alimentaire.

3° En principe les traitements et pensions des fonctionnaires et employés de l'État sont insaisissables (décret du 26 février 1890 auquel a été substituée la loi n° 7 de 1918). Néanmoins, pour le paiement de la *nafaqa*, cette loi a, elle aussi, admis une exception : le 1/4 du traitement pourra être saisi par la femme. Nous regrettons que cette disposition bienveillante à l'égard des femmes des fonctionnaires ou des pensionnés de l'État ne s'étende pas à toutes les femmes des employés et salariés privés, qui sont tenues, elles, de subir le concours des autres créanciers saisissants.

Cette réserve faite, il n'en reste pas moins que le législateur égyptien a donné à la femme créancière des frais d'entretien toutes facilités pour obtenir satisfaction, et pour obliger son mari à lui assurer l'existence matérielle qu'il lui doit.

L'insaisissabilité de la nafaqa. — La *nafaqa* elle-même n'est pas saisissable. Comme elle est destinée à subvenir aux besoins de la femme, il est bien logique qu'il en soit ainsi. Mais si la femme qui jouit de la *nafaqa* est elle-même tenue d'une *nafaqa* en faveur d'une autre personne, celle-ci peut

saisir sans restriction ce qui est alloué à la première, même pour le tout.

Ces deux principes sont réglementés par les articles 436 et 437 du code de procédure indigène (498 et 499 C. Pro. M.) qui parlent d'ailleurs de la *nafaqa* d'une façon générale.

CHAPITRE IV

Droits de la femme d'administrer librement ses biens et d'en disposer sans restriction

La femme musulmane, mariée ou non, possède à partir de sa majorité une capacité complète, elle administre ses biens et veille elle-même à ses intérêts. De plus elle peut faire tous actes de disposition soit à titre onéreux, soit à titre gratuit : vente, échange, donation, wakf, etc. Jamais, dans l'accomplissement d'aucun acte, elle n'a besoin de l'autorisation de son mari, de la justice ou de qui que ce soit.

Cette situation privilégiée qu'a la femme musulmane et qu'avait déjà la femme arabe bien avant l'Islam s'accorde avec l'état d'infériorité et de dépendance personnelle dans lequel elle se trouve à l'égard de son mari. Celui-ci, en effet, peut en principe la répudier à tout moment, sans qu'il soit tenu de s'appuyer sur un motif quelconque. Pas de question de partage de communauté puisque les patrimoines sont restés séparés.

Cette liberté trop absolue à notre avis pour la femme musulmane de gérer ses biens et d'en disposer à tout moment

et comme bon lui semble, sans que personne, pas plus son mari qu'aucun autre, puisse entraver l'accomplissement de ses actes, est sans pareille dans les législations anciennes grecque et romaine. Il est même rare de trouver dans les législations occidentales une capacité aussi large.

Dans l'ancienne Grèce la femme, il est vrai, avait des droits et un patrimoine distincts et inviolables, mais elle était tout de même sous la protection et la tutelle d'une personne. Avant le mariage elle avait son père pour tuteur; aussitôt mariée, son époux remplaçait son père dans l'administration de ses biens (1).

A Rome aussi, la femme est restée incapable de gérer ses biens du moins dans le droit ancien. Elle était en effet soumise à une tutelle perpétuelle basée sur son inexpérience ou sa faiblesse d'esprit. Il est vrai que sous l'Empire la femme mariée a joui d'une liberté très analogue à celle dont jouit la femme mariée musulmane; cependant, le *Senatus Consulte Velléien*, pour apporter une certaine atténuation à cette large capacité, est venu l'empêcher de disposer de ses biens et de s'engager valablement comme caution, ou, en d'autres termes, d'intercéder, et ce dans le but de la protéger contre les engagements dont elle pourrait ignorer les suites; « facilius se obligat mulier quam alicui donat » (2).

En France, jusqu'à nos jours, la femme devient incapable par le fait même du mariage qui la place sous la puissance de son mari. Même sous le régime de la séparation de biens, sa capacité est loin d'être complète, puisqu'elle ne peut ni vendre ses immeubles ni hypothéquer, ni constituer de servitude, ni consentir un bail emphytéotique (art. 1449 C. C. F.).

Les deux lois successives du 13 juillet 1907 et du 19 mars

(1) Paul Gide, *op. cit.*, p. 72.
(2) *Ibid.*, p. 156.

1919, en accordant à la femme française la libre disposition du produit de son travail, lui ont donné un commencement de véritable capacité Aussi les considère-t-on comme symptôme de la volonté du législateur français d'émanciper la femme mariée. Il ne faut pas cependant perdre de vue que, malgré cette liberté donnée à la femme au point de vue de l'emploi de son salaire, elle doit contribuer aux charges du ménage, tandis que la femme musulmane n'y est jamais tenue.

En Angleterre, ce n'est que depuis la loi du 18 août 1882 (*St. 45 et 46 Victoria Regina, Cap. 75*) que la femme fut complètement émancipée. La première étape qu'on fit pour y arriver ne fut accomplie que par l'acte 33 et 34 *Victoria* intitulé « *The Married Womens's Property Act, 1870,* » qui rendit à la femme la jouissance et la libre disposition de toute une catégorie de ses biens (1). Auparavant la femme anglaise ne pouvait pas agir; tout acte, de quelque nature qu'il fût, lui était interdit (2).

De l'indépendance complète de la femme musulmane quant à ses biens, il résulte qu'elle pourra confier à un autre que son mari, et à titre de mandataire, l'administration de ses biens. Mais en fait le recours de la femme à un tiers ne se pratique que rarement. Il n'a lieu en effet que lorsque le mari est jugé indigne de confiance ou lorsqu'il manque de capacité ou d'expérience.

Mais il faut avouer que cette capacité complète de la femme musulmane n'est pas sans offrir quelque danger pour elle. Elle peut en effet, par faiblesse, par affection, céder à la volonté de son mari, hypothéquer ses biens pour le garantir ou les vendre pour le sauver d'une mauvaise situation.

---

(1) *Husband and Wife according to the Law of Scotland*, par F. P. Walton, p. 476 et s.

(2) Paul Gide, *op. cit.*, p. 250 et s.

Mais, outre que le sacrifice qu'elle fait de son patrimoine peut ne pas sauver son mari, elle n'est pas à l'abri d'une répudiation qui la plongera dans la misère. Aussi est-il souhaitable qu'un certain contrôle puisse être exercé sur les actes de disposition de la femme mariée, dans le seul but de la prémunir contre ceux qui peuvent être dangereux pour elle et l'exposer à la ruine. Il ne faut pas conclure de cette opinion purement personnelle émise ici que nous voudrions voir restreindre la capacité de la femme ; nous demanderions simplement que tout acte de disposition que s'apprêterait à conclure la femme mariée dans l'intérêt exclusif du mari et qui serait de nature à compromettre sérieusement son patrimoine, fût homologué par une autorité compétente quelconque.

CHAPITRE V

Adoucissements au droit disciplinaire du mari

Le mari est le maître du ménage, en droit musulman, en droit français aussi bien que dans toutes les autres législations. Mais la subordination de la femme musulmane est restreinte à sa personne et n'atteint pas ses biens. Les législateurs de l'Islam ont minutieusement réglementé les devoirs de la femme envers son mari et décrit d'une façon nette et définie la sphère de la puissance maritale ; tandis que les auteurs ne sont pas encore fixés sur l'origine de la puissance maritale en droit français, en droit musulman cette origine n'est nullement discutée. Les coutumes ante-islamiques donnaient déjà au mari le pouvoir de diriger le ménage et faisaient de lui le chef absolu de la famille. Le Coran n'a fait que consacrer ces règles mais en adoucissant leurs rigueurs : « Les hommes sont supérieurs aux femmes à cause des qualités par lesquelles Dieu a élevé ceux-là au dessus de celles-ci, et parce que les hommes emploient leurs biens pour

doter les femmes. Les femmes vertueuses sont obéissantes et soumises (1) ».

La femme doit à son mari fidélité, obéissance, habitation dans le domicile conjugal, et tenue du ménage. Vient-elle à commettre une faute, une négligence dans l'accomplissement de ses devoirs d'épouse, ou un acte répréhensible quelconque pour lequel une peine *sui generis* n'est pas prévue par la loi, le mari ne pourra lui appliquer qu'une peine disciplinaire modérée sans jamais outrepasser les mesures raisonnables de correction. La limite du droit de correction est une question de fait laissée à l'appréciation de la justice.

L'article 55 du Code pénal indigène dispose : « L'acte accompli de bonne foi dans l'exercice d'un droit reconnu par la loi ne tombe pas sous l'application de la loi pénale. » Par application de cet article, certains tribunaux égyptiens prononçaient l'acquittement des maris accusés d'avoir usé de sévices assez graves à l'égard de leurs épouses. Une circulaire générale du Comité de Surveillance judiciaire du 28 juin 1899 a été envoyée aux tribunaux pour les éclairer sur l'étendue du droit de correction du mari :

« Certains tribunaux, dit cette circulaire, acquittent les maris prévenus de voies de fait envers leurs femmes, quelle que soit la gravité de la violence ou les raisons qui les ont poussés à battre leurs épouses, se basant en cela sur le dernier paragraphe de l'article 1 du Code pénal indigène ainsi conçu : « Sans que ces dispositions puissent en aucun cas porter atteinte aux droits individuels consacrés par le *chari* (2), et sur ce que le *chari* confère précisément au mari le droit de battre sa femme. » Aux termes de l'article 209 du Code du statut personnel égyptien, rite hanafite : « Le

---

(1) *Coran*, chapitre IV, verset n° 38.
(2) *Chari* veut dire loi religieuse.

mari ne peut appliquer à sa femme qu'une peine disciplinaire modérée quand elle commet une faute ou un acte répréhensible pour lequel la loi n'aura pas prescrit une peine juridique : Il n'est jamais permis au mari, d'employer la violence envers sa femme même pour un motif valable. »

D'autres notes circulaires du Comité de Surveillance ont été aussi envoyées ultérieurement aux tribunaux dans le même sens (1).

La jurisprudence est aujourd'hui constante pour l'application, dans le sens des circulaires précitées, de l'article 55 du Code pénal en ce qui concerne les maris qui brutalisent leurs femmes. D'ailleurs les auteurs sont unanimes à décider que le droit de correction n'est accordé au mari qu'en dernier lieu et ne lui confère pas, dans tous les cas, le droit de battre sa femme au point de laisser des traces sur son corps (2).

Qu'on ne s'étonne pas de ce droit de correction qu'ont les maris musulmans sur leurs épouses. N'existait-il pas dans les anciennes coutumes françaises qui au XII^e^ et au XIII^e^ siècle, constatent « qu'ils loist à l'omme battre sa feme sans mort et sans mehaing (mutilation) » (3) : « ne se trouvait-il pas en Angleterre où l'homme pouvait châtier sa femme ? (4) ».

Mais il peut arriver que les deux conjoints soient en complet désaccord et que le mari n'arrive pas par les

---

(1) *Bulletin officiel du Ministère de la Justice*, 1900, p. 112. Note n° 81 du 23 décembre 1903; note n° 10 du 10 février 1906.

(2) J. GRANDMOULIN, *Droit pénal égyptien indigène*, t. II, n° 1116.

(3) J. BRISSAUD, *Manuel d'histoire du Droit privé*, p. 251.

(4) G. GUEMARD, *La Condition juridique des gens mariés en Droit musulman*, p. 43. P. GIDE, p. 251. Ce droit de correction du mari anglais est maintenant contesté. (LEHR et DUMAS, *Éléments de Droit civil anglais*, t. I, p. 75.) La raison en est que les juges anglais ne sont pas enclins à reconnaître l'existence de ce droit qui n'est plus en rapport avec les idées modernes et les conditions sociales du peuple anglais. On sait bien que le droit anglais est généralement coutumier, ce qui donne au juge un large pouvoir dans l'accomplissement de ses fonctions sans être obligé de se renfermer dans le cadre des articles.

moyens disciplinaires dont il dispose à se faire obéir ou qu'il y ait tort de sa part : les deux époux auront alors le droit de recourir au *cadi* qui les renverra, dit l'article 210 du C. S. P. E., devant deux arbitres honorables conformément à la règle coranique ainsi conçue : « Si vous craignez une scission entre les époux, appelez un arbitre de la famille du mari et un arbitre choisi dans celle de la femme. Si les deux époux désirent la réconciliation, Dieu les fera vivre en bonne intelligence car il est savant et instruit de tout » (1).

Mais si les arbitres ne réussissent pas à réconcilier les deux époux, ils ne pourront prononcer le divorce que s'ils y ont été autorisés par les deux conjoints.

« Si la femme, dit l'article 211 du C. du S. P. E., se plaint des mauvais traitements de son mari et établit par preuve qu'il a employé la violence envers elle, il sera passible d'une peine correctionnelle, plus ou moins grave, selon la faute commise ».

Il y a donc bien des limites au droit de correction reconnu au mari. Le Code pénal peut l'atteindre, car l'article 55 doit être interprêté conformément au « *chari* ».

D'après le rite malékite : « Les deux arbitres doivent tâcher de rétablir l'harmonie. S'ils ne le peuvent et que les torts sont du côté de l'époux, ils prononcent la répudiation sans qu'il y ait de compensation (à verser par la femme) ; si les torts sont du côté de celle-ci, ils s'en remettent au mari (qui en est digne) du soin de la bien traiter, ou bien ils prononcent en sa faveur la répudiation avec une compensation laissée à leur appréciation. Dans le cas de torts réciproques, prononcent-ils la répudiation sans imposer de compensation à la femme, ou bien, ce que disent la plupart,

---

(1) *Coran*, chapitre IV, verset n° 39.

lui imposent-ils une petite compensation laissée à leur appréciation ? Il y a deux interprétations. Après avoir statué, les arbitres vont trouver le juge, qu'ils mettent au courant de l'affaire et qui homologue leur décision (1).

(1) Sidi Khalil, *Mariage et répudiation*, traduction Fagnan, p. 91.

CHAPITRE VI

Droit de visite et de sortie

Le régime de claustration de la femme prescrit par les jurisconsultes musulmans n'est en réalité que théorique. La femme a en principe le droit de voir ses père et mère une fois par semaine et ses autres parents dont le mariage avec elle est prohibé, une fois par an. Elle peut sortir pour aller les voir aux dites époques, s'ils ne peuvent pas venir la voir chez elle. Mais en aucun cas la femme n'a le droit de découcher sans l'autorisation maritale.

Si cependant son père ou sa mère, fussent-ils même non musulmans, tombent malades assez gravement et n'ont personne pour les soigner elle pourra aller les visiter à tout moment et même rester auprès d'eux malgré l'opposition du mari. Il s'agit là en effet d'un devoir filial à l'accomplissement duquel le mari ne doit apporter aucune entrave.

Les auteurs occidentaux concluent des règles de claustration prescrites par les législateurs musulmans que la femme orientale est tenue dans un état de servitude détestable et que sa condition est bien inférieure à celle de sa

sœur dans l'ancienne Grèce, décrite par P. Gide dans son fameux ouvrage sur *la Condition de la femme* (p. 68) : « Si l'homme vivait toujours hors de sa maison, la femme au contraire ne pouvait en sortir. Pour elle point de spectacle, point de lectures, point de repas publics; elle ne pouvait même pas être admise au repas de famille si quelque ami venait y prendre place. Tristement reléguée dans son gynécée où les proches parents avaient seuls le droit de pénétrer, elle ne pouvait se laisser voir au dehors que dans des cas rares et déterminés par les lois. Ainsi tout commerce entre les deux sexes se trouvait rompu, toute vie domestique supprimée et le mariage, désormais sans attrait, n'était plus aux yeux des Grecs qu'un devoir odieux qu'imposait à tout citoyen l'intérêt de l'État ».

Il est vrai que ces principes présentent une certaine analogie avec les règles que les législateurs de l'Islam ont prescrites. L'article 207 du C. du S. P. E. donne en effet au mari qui a payé toute la dot ou la partie exigible d'avance le droit de défendre à sa femme de sortir du domicile conjugal sans sa permission, sans préjudice du droit de visite des parents; de lui interdire toute visite et toutes fréquentations avec des femmes étrangères et de l'empêcher d'aller aux fêtes et aux invitations même des parents dont le mariage avec elle est prohibé. Mais, nous le répétons, ces règles sont purement théoriques.

Que voyons-nous en pratique ? A la campagne les paysannes de la classe travailleuse, les *fellahines*, qui forment la majorité de la population féminine en Égypte sont pour leurs maris des aides extrêmement précieux. Elles sont dévoilées et ressemblent aux femmes européennes de mêmes conditions. Elles travaillent dans les champs, accompagnent leurs maris ou leurs parents aux marchés, vont aux tribunaux ou aux autorités locales pour réclamer ou défendre leurs

intérêts, et régler leurs affaires. On n'a jamais réprouvé ces coutumes; on ne les a pas trouvées contraires aux véritables règles de l'Islam pour la raison qu'elles ne blessent en rien la moralité ni ne nuisent au bonnes mœurs.

Les citadines ont un autre genre de vie qui leur est imposé par le milieu dans lequel elles vivent. Elles sortent en général moins souvent et sont toutes ou presque toutes voilées. Elles sortent moins, parce que leurs occupations du ménage les retiennent chez elles. Cependant les maris, même ceux qui comptent parmi les plus ardents conservateurs, n'empêchent pas leurs femmes de sortir toutes les fois qu'elles le jugent nécessaire. Reste la question du voile, question délicate qui a fait couler pas mal d'encre. Nous en parlerons seulement pour affirmer que c'est par pur respect pour la femme que la tradition du voile s'est maintenue. Ainsi donc rien n'empêche la femme musulmane de remplir sa mission dans la vie sociale. Du temps même du prophète, bien des femmes allaient aux mosquées, suivaient les guerriers, les encourageaient, soignaient les blessés et animaient la bataille : « Les braves qui font face à l'adversaire, chantaient-elles, nous les prenons dans nos bras ; les lâches qui fuient, nous les délaissons et leur refusons notre amour » (1).

Les femmes qui se sont distinguées par leurs profondes connaissances dans la théologie, le hadith, la littérature et les autres sciences, celles qui ont été d'éminents professeurs ne manquent pas dans les annales scientifiques de l'Islam (2). La femme musulmane n'est donc pas ce qu'on croit en Europe et c'est une erreur d'affirmer que les règles coraniques l'ont réduite à l'état d'esclave.

---

(1) *Condition des femmes dans l'« Islam »*, par Rahmin Helou.

(2) *Bakourat Al Kalam*, par Hamza Fathallah (Droits de la femme dans l'Islam), p. 90 et s.

TROISIÈME PARTIE

Droits de la femme à l'occasion de la dissolution du mariage

La dissolution du mariage peut se produire de différentes façons :

I. — Par le décès de l'un des époux.
II. — Par la répudiation.
III. — Par le divorce par consentement mutuel ou *Khole*.
IV. — Par le divorce judiciaire.

Nous étudierons chacun de ces modes de dissolution et en montrerons les effets sur les droits de la femme et éventuellement sur ceux de ses héritiers.

CHAPITRE I

Dissolution du mariage par décès de l'un des époux

La mort d'un des époux met naturellement fin à l'union conjugale.

Il convient d'envisager séparément l'hypothèse du prédécès de la femme et celle du prédécès du mari.

Nous croyons devoir ouvrir ici une parenthèse pour faire observer que le droit musulman reconnaît deux grandes classes d'héritiers :

a) Les héritiers « *fard* », légitimaires ou à réserve légale, qui prennent dans la succession une fraction déterminée par le Coran et en tête desquels figure le conjoint survivant ;

b) Les héritiers « *aceb* », ou universels qui reçoivent l'universalité de ce qui reste après les prélèvements faits par les réservataires.

Première hypothèse. **Prédécès de la femme.** — Si la femme meurt avant paiement intégral de sa dot, ses héritiers, y compris le mari, se partageront le restant dû de la créance,

le mari héritier « *fard* », aura droit au quart ou à la moitié suivant qu'il a des enfants ou qu'il n'en a pas. Cette part déduite, le mari versera le restant à ses cohéritiers.

Deuxième hypothèse. **Prédécès du mari.** — Si c'est le mari qui prédécède, la veuve aura droit :

1° à l'arriéré de la dot;

2° à sa part d'héritière « *fard* » dans la succession;

3° à l'entretien pendant son *edda* ou retraite légale.

Cet entretien pendant la période viduaire étant commun à tous les cas de dissolution, nous en réservons l'examen plus loin.

§ 1. Arriéré dotal exigible après décès du mari

En principe, rien n'empêche, nous l'avons déjà expliqué, de stipuler toute la dot payable avant la consommation du mariage ou à une échéance plus ou moins éloignée. Mais ce mode de paiement est rarement utilisé. Il est d'usage courant dans les pays musulmans, et particulièrement en Égypte, de stipuler qu'une partie de la dot, variable suivant les lieux, ne sera payable qu'à la mort d'un des époux. En promettant un complément dotal exigible seulement à sa mort ou à la mort de son épouse, un mari peut plus volontiers promettre une somme plus élevée, ce qui flatte la femme et sa famille et satisfait en même temps le débiteur débarrassé ainsi du souci d'un paiement immédiat ou à échéance fixe.

Toute contestation relative à la dot, s'élevant entre l'époux survivant et les héritiers du *de cujus*, sera jugée conformément aux règles précédemment indiquées.

§ 2. Part héréditaire de la femme survivante dans la succession de son mari

Le droit musulman, nous le répétons, reconnaît à la veuve ou aux veuves une part dans la succession du mari. La fraction qui leur est réservée varie suivant les cas : elle est d'un quart, (à partager s'il y a pluralité de veuves) si le mari ne laisse aucune descendance et de un huitième dans le cas contraire. Le *Coran* s'exprime ainsi : « Elles (les femmes vos épouses) auront le 1/4 de ce que vous (leurs maris) laissez après les legs que vous aurez faits et les dettes payées, si vous n'avez pas d'enfants ; et si vous avez des enfants, elles auront le 1/8 de la succession après les legs que vous aurez faits et les dettes payées (1). »

En droit musulman, comme on le voit, une succession ne se partage qu'après paiement des legs et des dettes, car les héritiers sont tenus *intra vires* seulement, la législation musulmane n'admettant la fiction juridique de la confusion des patrimoines du *de cujus* et des héritiers qu'après ses paiements effectués.

(1) *Coran*, chapitre IV, verset n° 14.

CHAPITRE II

La Répudiation

La répudiation consiste dans la faculté qu'a un mari de renvoyer sa femme de sa propre autorité et après l'accomplissement des formalités légales requises. Cette institution est un héritage de l'ancienne Arabie, et à l'époque du Prophète elle avait même donné lieu au plus scandaleux abus, le droit de répudier étant bilatéral. L'islamisme fut très sage de ne pas rompre avec une institution si fortement ancrée dans les mœurs orientales. Afin de rendre les mariages moins précaires, il commença par n'accorder, en principe, qu'à l'homme le pouvoir de répudiation et soumit celle-ci à des prescriptions assez rigoureuses.

Les docteurs musulmans ne sont pas d'accord sur la nature de cette faculté reconnue à l'homme de répudier sa femme.

Les uns considèrent ce pouvoir comme un droit inhérent à la qualité de mari, droit à l'exercice duquel aucune entrave ne peut être apportée et auquel même le titulaire ne peut valablement renoncer. Ils fondent leur opinion sur l'exemple donné par quelques-uns des compagnons du Prophète qui ont renvoyé leurs épouses sans causes apparentes.

Les autres ne voient dans la répudiation qu'un remède *in extremis* permettant de mettre fin à une union devenue impossible, un droit marital à l'exercice duquel l'époux recourra seulement pour des motifs très graves. Tout prouve, disent-ils, que la législation musulmane n'a autorisé la répudiation qu'à regret. Comment s'exprime en effet le Coran à propos de l'emploi de la répudiation : « Mais dès qu'elles (vos femmes) vous obéissent ne soyez pas injustes envers elles (1). » Et ce hadith « Dieu n'a rien autorisé qui lui soit plus exécrable que la répudiation ».

Mais cette controverse, purement doctrinale, n'a aucune importance au point de vue pratique : un mari peut répudier sa femme sans qu'il soit tenu d'invoquer aucun motif et sans encourir aucune responsabilité quant au préjudice moral ou matériel que son acte peut causer à la femme délaissée. Il suffit que sa conscience ne lui reproche pas la détermination qu'il prend de renvoyer sa compagne, la mère de ses enfants et que la crainte de déplaire à Dieu ne fasse pas fléchir sa volonté d'en arriver à cette extrémité (2).

La répudiation, nous le reconnaissons, est, après la polygamie, la charge qui pèse le plus lourdement sur la femme musulmane. Mais ces deux institutions traditionnelles sont loin d'avoir l'importance qu'elles avaient dans le principe. Elles sont écrites dans la loi, mais on n'en use, on ne doit en user qu'à propos et en cas de nécessité : « C'est ainsi qu'on devient agréable au très-Haut (3) ».

---

(1) *Coran*, chapitre IV, verset n° 4.

(2) M. D'OHSSON, dans son ouvrage *Tableau général de l'Empire ottoman*, t. V, p. 197, cite la règle suivante : La répudiation est un droit réservé au mari, maître de rompre à son gré le lien conjugal; mais, dit-il, sans des motifs graves, nul musulman ne peut justifier cet acte aux yeux de la religion et de la loi. S'il quitte sa femme par inconstance, il s'attire la colère divine d'après ces paroles effrayantes de l'Apôtre Céleste : « Que Dieu maudisse quiconque répudie sa femme par le seul motif du plaisir.

(3) RAHMIN HELOU, *Étude sur la condition juridique des femmes musulmanes*, p. 177.

Rien, dit-on, n'est plus éloquent qu'un chiffre. Or en ce qui concerne la polygamie, le dernier recensement a permis de constater qu'en Égypte à peine 3% des hommes mariés ont plus d'une femme. Une institution que 97 hommes mariés sur cent ne pratiquent pas ne présente pas une sérieuse gravité.

Nous regrettons que le département des Stastistiques n'ait pas cru devoir pousser son enquête assez loin pour être à même de nous fournir le pourcentage des répudiations. Nous estimons que la raison principale en est que bien des maris répudient leurs femmes sans faire constater les répudiations par actes authentiques qui en faciliteraient le recensement.

Quoi qu'il en soit, la théorie de l'utilité du divorce et même sa nécessité sociale compte de plus en plus de défenseurs, et, en dépit des efforts de l'Église Catholique, un grand nombre de pays chrétiens ont reconnu et réglementé le divorce. Certains sont même allés jusqu'à reconnaître le divorce par consentement mutuel, forme de dissolution qui se rapproche bien de la répudiation musulmane. C'est donc qu'ils ont pensé que mieux vaut favoriser la rupture d'une union mal assortie que de livrer l'un à l'autre deux individus que tout sépare.

D'ailleurs la loi grecque ancienne, la loi des XII tables et la loi mosaïque, admettaient la répudiation.

Les jurisconsultes romains, considérant, comme le fait le droit musulman, que le droit de divorcer étant de l'essence du mariage, déclaraient nulle toute convention qui avait pour objet d'interdire le divorce (1).

Dans toutes les législations anciennes la répudiation résultait d'une simple manifestation de volonté de la part du mari, et à ce point de vue le droit musulman peut leur être

---

(1) C. Accarias, *Précis de Droit romain*, p. 240, t. I, 4e édition.

comparé. Dans les législations modernes la dissolution du mariage comporte une procédure assez longue.

La Révolution française, en sécularisant le mariage, établit le divorce que les rédacteurs du code civil ont maintenu. Supprimé en 1816, il fut enfin, et après plusieurs tentatives infructueuses, rétabli en 1884. En France aussi on a fini par se rendre compte que le divorce est souvent un mal nécessaire et les plus ardents défenseurs de l'indissolubilité du mariage sont obligés d'admettre que le divorce est largement entré dans les mœurs françaises (1).

§ 1. Conditions de validité de la répudiation

Le trait caractéristique de la répudiation, en droit musulman, est qu'elle est obtenue sans aucune espèce de procédure.

Jusqu'à la loi (*Julia de adulteriis*), il en était de même dans l'ancienne Rome. C'est la loi *Julia* qui, pour la première fois, a imposé l'accomplissement de certaines formalités, entr'autres la présence de 7 témoins citoyens romains et pubères devant lesquels la formule de répudiation devait être prononcée. Un affranchi de l'époux répudiant était chargé de transmettre à l'époux répudié la déclaration de répudiation certifiée par les témoins (*libellus repudii*) (2). Le droit de répudiation appartenait à la femme aussi bien qu'à l'homme. Le but de cette loi *Julia* était de contraindre en quelque sorte le répudiant à réfléchir, avant de répudier; les remords de sa conscience, aussi bien que les appréhensions des blâmes de ses concitoyens, avaient ainsi le temps d'agir sur sa détermination.

---

(1) A. Colin et H. Capitant, *op. cit.*, t. I, p. 203.
(2) Gaston May, *Droit romain*, p. 144, 13e édition.

Chez les hébreux la seule entrave à la liberté de répudiation était, pour le mari, l'obligation de dresser la lettre de divorce (1).

Dans la législation musulmane, la répudiation n'exigeant ni procès, ni sentence judiciaire, la simple manifestation de la volonté de l'homme de répudier son épouse est pleinement suffisante pour l'obtenir. Cette manifestation de volonté peut être verbale, ou écrite; le mari peut autoriser la femme à se répudier elle-même, il peut répudier par mandataire spécial et ce mandataire peut même être une des coépouses de la répudiée.

Le muet peut valablement répudier par signes compréhensibles. Certains jurisconsultes n'admettent la répudiation par signes que lorsque le muet est illettré, et ne peut pas, par conséquent, se faire comprendre autrement.

Mais, pour qu'une répudiation soit valablement faite, il faut, d'après tous les rites, la réunion des conditions suivantes :

a) Le mari doit être capable de prononcer la répudiation;
b) Sa volonté de répudier doit être manifestée;
c) Il doit employer une formule répudiaire;
d) La femme doit être en état d'être répudiée.

a) **Capacité de répudiation.** — Ne peut valablement prononcer une répudiation qu'un mari musulman, majeur et sain d'esprit.

Il s'ensuit que pour le mari non musulman il ne peut pas y avoir lieu à la répudiation valable (2), surtout que son mariage avec une musulmane est impossible légalement. L'impubère aussi ne peut pas non plus valablement répudier son épouse. Le père peut-il alors répudier pour son fils

(1) P. Gide, *op. cit.*, p. 56.
(2) Khalil, traduction Perron, *op. cit.*, t. II, p. 545.

mineur ? Non, car ce droit de répudiation étant exclusivement personnel ne peut être exercé pour le titulaire si celui-ci est incapable : autrement dit la répudiation ne peut émaner que d'un majeur.

Sont également incapables de prononcer la répudiation tous ceux qui sont atteints d'un affaiblissement intellectuel plus ou moins grave et résultant soit de la maladie, soit d'accident, soit même de vieillesse.

L'état de sommeil est assimilé par les hanafites à l'état d'insanité mentale ; pour eux l'homme qui répudie en dormant agit sans volonté : sa formule répudiaire est inefficace.

L'état d'ivresse constitue-t-il un vice de consentement ? Oui, disent les Malékites qui exigent que la volonté de répudier s'exprime sérieusement et librement. Moins rigoureux, les hanafites distinguent l'ivresse volontaire de l'ivresse contrainte. Un homme qui, sciemment, prend une boisson ou absorbe une substance quelconque de nature à agir momentanément sur son état mental commet une faute dont il doit supporter les conséquences. Si, dans cet état d'ébriété qu'il a provoqué, il répudie sans conscience, évidemment, la répudiation qui n'est réellement pas voulue l'est cependant juridiquement et elle se produira néanmoins envers et contre lui : on ne plaisante pas avec la répudiation.

Tout autre est la situation du répudiant en état d'ivresse par contrainte, par accident ou par nécessité. Il y a chez celui-ci, disent les hanafites, absence de volonté comme chez celui qui dort et sa répudiation est sans valeur : ni ébriété, ni répudiation n'ont été voulues.

Les règles de l'article 57 du code pénal égyptien indigène ressemblent d'ailleurs aux dispositions qui précèdent : « N'est pas punissable celui qui, au moment où il a commis

le fait, avait perdu la conscience ou la liberté de ses actes : 1° à raison de son état de démence ou d'infirmité mentale ; 2° à raison de son état d'ivresse provoquée par des substances enivrantes quelconques qui lui ont été administrées contre son gré ou à son insu.

Mais pour que la répudiation manifestée en état d'ébriété volontaire puisse avoir lieu il faut la réunion des deux conditions suivantes :

1° Que la boisson soit défendue par la loi religieuse : Si donc le mari a absorbé une substance non interdite, mais qui est de nature à affecter sa raison, la répudiation prononcée ou écrite par lui n'est pas valable.

2° Que la boisson n'ait été ni imposée par une circonstance quelconque, ni ordonnée par un docteur à titre de médicament.

Donc lorsque toutes ces conditions sont réunies la répudiation est valable, dit l'article 218 du C. du S. P. E. Cette solution est critiquée, comme inéquitable, par certains docteurs. Un individu qui agit sans conscience est en principe excusable. S'enivrer sciemment, en absorbant une substance qu'interdit la religion, constitue une infraction à la loi coranique, infraction qu'il faut réprimer. Mais la punition qu'on inflige au délinquant, c'est-à-dire la validité d'une répudiation non voulue par lui, aura malheureusement sa répercussion sur la femme et sur les enfants, victimes innocentes.

D'autres docteurs critiquent la solution consacrée par l'article 218, mais dans le sens opposé : ils demandent la validité de la répudiation dans tous les cas, même lorsque la substance enivrante a été administrée par ordre. La substance en elle-même étant interdite, disent-ils, il n'y a pas lieu de prendre en considération les circonstances extrinsèques qui peuvent entourer son emploi : c'est une opinion

d'une sévérité extrême, aussi n'a-t-elle pas été admise en pratique (1).

Si le mari sain d'esprit a prononcé la répudiation en la soumettant à une condition qui ne s'est réalisée qu'après la perte de l'usage de ses facultés mentales, cette répudiation produira tous ses effets.

b) **La manifestation de la volonté de répudier.** — La volonté de répudier doit être, avons-nous dit, manifestée. Donc toute répudiation simplement désirée ou projetée, est sans effet. Cette manifestation peut d'ailleurs s'accomplir verbalement ou par écrit. Le muet aussi peut répudier par signes intelligibles. Nous avons dit cependant que la question est controversée pour le muet quand il est à même d'exprimer par écrit sa pensée : inutile d'y revenir.

c) **L'emploi d'une formule répudiaire.** — « L'emploi d'une formule est indispensable pour la validité de la répudiation », dit l'article 225, et sur ce point tous les rites sont unanimes. La formule répudiaire peut être :

a) expresse.

b) équivalente.

c) figurée.

a) La formule est expresse quand le répudiant écrit ou prononce le mot même de répudiation, « *talak* », ou un de ses dérivés, ou encore un mot ayant exactement le même sens emprunté à une langue étrangère lorsque les deux époux ne parlent pas l'arabe.

L'énoncé d'une telle formule ne donnant lieu à aucune équivoque suffit pour produire effet sans qu'il soit besoin de rechercher l'intention de celui qui l'emploie.

---

(1) Zeid Bey, *op. cit.*, t. I, p. 298.

b) Constituent des formules équivalentes : l'écriture distincte, c'est-à-dire celle qui laisse une trace, les signes du muet, et les signes avec les doigts accompagnés du seul mot « *talak* ». Ces formules ont la même efficacité que les précédentes, et quand il s'agit de signes de doigt la répudiation est équivalente en ce sens que c'est le nombre de doigts qui en indique la gravité; c'est-à-dire la volonté du mari de répudier « par un par deux ou par trois » ainsi qu'on le verra bientôt.

c) On dit qu'une formule est figurée quand elle peut contenir l'expression par le mari de la volonté de répudier. Celle-ci, manifestant d'une façon moins certaine l'intention de dissoudre l'union, n'entraînera répudiation que si les circonstances corroborent cette intention.

d) **La femme doit être en état d'être répudiée.** — Il faut, pour que la répudiation puisse s'accomplir, que la répudiée soit mariée au répudiant.

Nous croyons utile de faire remarquer que le fait de répudier, c'est-à-dire de prononcer la formule répudiaire, n'entraîne pas toujours et *ipso facto* la dissolution du mariage. Répudiation prononcée et dissolution obtenue peuvent se produire dans des temps différents. L'ordre chronologique dans lequel se placent la conclusion du mariage et le prononcé de la répudiation permet d'envisager deux hypothèses :

Première hypothèse ou cas normal.— La répudiation suit le mariage et ce mariage n'est ni radicalement nul ni dissous par divorce; elle sera efficace. Plus loin nous examinerons les effets de la répudiation en cas de séparation pour cause d'apostasie, d'impuissance ou de serment de continence.

Deuxième hypothèse. — La répudiation est prononcée

avant conclusion. — Si étrange que la chose puisse sembler, un homme peut répudier une femme qu'il n'a pas encore épousée. Cette règle n'est admise que par les hanafites et les malékites; les autres rites ne l'adoptent pas. Les articles 253 et 257 que nous développerons plus loin quand nous parlerons des répudiations conditionnelles prévoient certaines hypothèses de répudiation anticipée.

§ 2. **Différentes sortes de répudiation**

Il y a deux catégories de répudiation :

1° La répudiation « *radjii* » (1) ou révocable, possible seulement après consommation de mariage;

2° La répudiation « *baïn* » (2) ou irrévocable.

La répudiation *baïn* se subdivise de son côté en répudiation irrévocable imparfaite « *baïn baïnouna soughra* » prononcée « par une » ou « par deux fois », et répudiation irrévocable parfaite « *baïn baïnouna koubra* » prononcée « par trois fois » et qui met fin au mariage d'une façon définitive.

Pour l'intelligence de ce qui va suivre nous croyons devoir expliquer les expressions « répudier par une, par deux, ou par trois fois » qui reviendront souvent dans notre exposé.

La *sounnah* exigeait pour que la répudiation fût conforme aux principes de la loi les conditions suivantes :

1° Être unique c'est-à-dire prononcée « par un », non « par deux ou trois » ensemble et d'un seul coup;

2° Avoir lieu pendant que la femme est dans l'état de pureté qui succède aux menstrues ou aux couches, et avant que le mari ait touché sa femme;

---

(1) De *radjaa*, retourner.
(2) De *bana*, s'éloigner.

3° Ne pas avoir lieu pendant *l'edda* d'une répudiation précédente.

Si celui qui répudiait manquait à une de ces conditions « *sounnites* », la répudiation était blâmable ou défendue : blâmable si elle avait eu lieu ou bien pendant la période de pureté lorsqu'il y avait eu précédemment copulation, ou pendant la retraite légale ; défendue si elle avait eu lieu pendant les menstrues après consommation du mariage : le mari était contraint même par les voies légales de reprendre sa femme (1).

La répudiation ne devenait définitive que lorsqu'elle avait été répétée trois fois consécutives dans les conditions susindiquées.

Mais ces sages règles qui avaient pour but de retarder aussi longtemps que possible la dissolution et de garantir aussi la stabilité du mariage ne sont pas malheureusement suivies depuis longtemps.

Certains ulémas dignes de confiance, inspirés de ces sages règles de la *sounnah*, soutiennent même que la répudiation, de quelque façon qu'elle soit prononcée, « par un, par deux, ou par trois », ne vaut qu'une répudiation révocable pure et simple : c'est, affirment-ils, conforme à la règle coranique ainsi conçue : « La répudiation peut se faire deux fois... ; si un mari répudie sa femme trois fois il ne lui est permis de la reprendre que lorsqu'elle aura épousé un autre mari » (2). Ces ulémas en question tirent de ces règles la conclusion qu'il faut trois répudiations successives qu'il est impossible de réunir ensemble. Ils ajoutent en outre que cette règle a été d'ailleurs suivie du temps du Prophète et même assez longtemps après sa mort (3).

---

(1) Khalil, traduction Perron, *op. cit.*, t. II, p. 537 et s.
(2) *Coran*, chapitre II, versets n[os] 230 et 231.
(3) Ibn Rochd, *op. cit.*, t. II, p. 52.

Mais cette interprétation logique et raisonnable a été malheureusement attaquée par les créateurs du rite qui ont adopté la répudiation « par deux ou par trois » à la fois.

De nos jours d'après les rites en vigueur point n'est besoin de répéter trois fois la formule répudiaire pour rendre définitive la répudiation. Celle-ci est possible par une seule formule « par trois », soit au moyen du mot *talak* ou d'un de ses dérivés accompagné du nombre « 3 » exprimé par la parole ou par les doigts, soit au moyen d'une formule impliquant répudiation définitive.

Etudions chacune des deux espèces de répudiation.

I. — Répudiation « radjii » ou révocable

La répudiation *radjii* est celle qui est prononcée « par une ou deux fois ». Est répudiée *radjii* une fois la femme à laquelle le mari dit « je t'ai répudiée » « soit répudiée » ou « je t'ai répudiée une fois ». La répudiation *radjii* est prononcée deux fois lorsque le mari dit « je t'ai répudiée par deux fois », ou bien dit à sa femme qu'il a déjà répudiée par une « je t'ai répudiée ».

L'article 227 s'exprime ainsi « La répudiation est *radjii* ou révocable lorsque le mari emploie en s'adressant à sa femme dont le mariage a été consommé une formule expresse, simple, non accompagnée de compensation ni du nombre « 3 », exprimée formellement ou avec les doigts, ni qualifiée positivement, ni portée à un très haut degré, ni comparée à un objet pouvant entraîner à une répudiation *baïn* ».

Une répudiation de cette nature n'est donc possible qu'après consommation.

Effets de la répudiation radjii. — Quel est l'effet d'une telle répudiation ? Elle sépare les deux époux sans dissoudre

l'union conjugale. La répudiée entre aussitôt en *edda* ou retraite viduaire qui s'étendra en principe jusqu'à l'expiration de son troisième flux menstruel. Jusqu'à cette expiration, puissance maritale et obligation d'entretien sont maintenues. Jusqu'à cette échéance aussi, les époux gardent l'un vis-à-vis de l'autre leurs droits successoraux et le mari peut exercer son droit de retour, c'est-à-dire celui de reprendre sa femme. Enfin elle rend exigible le reliquat de la dot due.

Droit de retour. — En état d'*edda* la femme n'est pas tenue à la cohabitation : elle peut donc vivre séparée mais le mari répudiant *radjii* peut entrer chez elle et la traiter en épouse : il y a alors exercice du droit de retour et fin consécutive d'*edda*. Toute renonciation même formelle à l'exercice du retour est nulle. Bien entendu, tous les droits et obligations maintenus pendant l'*edda* tombent si le mari laisse expirer l'*edda* sans reprendre sa femme, puisque le mariage est de ce fait dissous et la répudiation *radjii* devenue irrévocable. Le droit de retour, comme le droit de répudier, est personnel, et celui qui est capable de répudier est capable de reprendre. Mais *quid* lorsqu'un mari devenu incapable après avoir valablement répudié veut reprendre sa femme ? Celle-ci pourrait se refuser. La loi n'oblige d'aucune façon le mari repentant à prévenir sa femme qu'il veut la reprendre, puisque le consentement de celle-ci n'est pas exigé, mais on lui recommande de le faire et de donner à la reprise une sorte de publicité par une déclaration faite devant deux témoins irrécusables.

Le droit de retour doit-il s'exercer par une reprise réelle des relations conjugales ? Non, cette reprise peut être faite aussi par une déclaration expresse faite à la femme si elle est présente ou à des témoins si elle n'est pas là : « Je t'ai reprise » ou « j'ai repris ma femme ». L'article 232 C. S. P. E.

ajoute que cette reprise peut avoir lieu par cohabitation ou par tout acte pouvant être assimilé à la cohabitation et entraîner *prohibition* d'alliance, soit que ces actes proviennent du mari ou de la femme, même par surprise.

Un retour, pour être valide, doit être immédiat, pur et simple ; le texte de l'article 233 C. S. P. E. ne permet aucun doute à ce sujet « tout retour à terme ou soumis à une condition est sans effet ».

Un homme peut-il répudier sa femme et la reprendre autant de fois qu'il lui plaira ? Non : quand il l'aura répudiée et reprise deux fois, la troisième répudiation sera irrévocable et le mariage sera dissous : C'est une règle sur laquelle il n'y a aucun doute.

La retraite répudiaire peut donner lieu à des contestations entre les époux. Par exemple le mari veut exercer la reprise et sa femme s'y oppose, prétendant qu'elle est hors de la retraite; ou bien c'est la femme qui, voulant se dégager des liens conjugaux, affirme qu'elle a eu trois fois ses règles depuis la répudiation *radjii* — *Quid juris* ? La femme dans les deux cas sera crue sur sa parole si sa prétention est corroborée par l'expiration d'un laps de trois mois à compter de la répudiation. Si la période écoulée est inférieure à 3 mois mais supérieure à 60 jours, la femme devra en plus prêter le serment.

L'article 147 de l'avant-projet du code algérien, s'inspirant des principes malékites, se contente de fixer la durée de la retraite légale à trois mois.

II. — La répudiation « baïn » ou irrévocable

Une répudiation irrévocable est parfaite ou imparfaite.

Elle est parfaite quand elle met fin immédiatement d'une façon complète au mariage, et que, en outre, elle prohibe un

remariage direct entre les ex-époux ; si le répudiant veut reprendre son ex-femme, il devra :

1° Attendre qu'elle se soit remariée et qu'elle soit redevenue ensuite libre : veuve, répudiée ou divorcée;

2° L'épouser par un nouveau mariage :

3° Lui constituer une nouvelle dot.

La répudiation *baïn* imparfaite dissout l'union, elle aussi, immédiatement et complètement ; mais, ce qui la distingue de la précédente, c'est qu'elle n'oblige pas le répudiant à attendre, pour renouer les liens d'un remariage avec la répudiée, que celle-ci ait convolé en secondes noces avec un mari intermédiaire et repris sa liberté : donc le remariage direct est possible avec nouvel acte et nouvelle dot, cela va sans dire.

En somme, ce qui permet le mieux de différencier les trois sortes de répudiation, ce sont les conditions auxquelles est soumis le retour à la vie conjugale entre les époux séparés.

Après répudiation *radjii* et jusqu'à péremption du droit de reprise, le mari peut librement et par sa seule volonté renouer les relations conjugales : il a brisé la chaîne, mais il en tient les deux bouts.

Après répudiation imparfaite, si la femme y consent et si elle n'est pas remariée, la loi autorise le remariage des ex-époux : la chaîne a été rompue, mais chacun des ex-époux tient une extrémité.

Enfin, après répudiation parfaite, ce remariage ne sera possible qu'après mariage intermédiaire dissous avec un second mari : la femme a dû se débarrasser de son premier lien rompu et le remplacer par un autre également rompu.

Comment s'obtient une répudiation *baïn* imparfaite ? Par l'emploi des formules qui ne contiennent pas expressément le mot « *talak* » pur et simple.

La répudiation est donc irrévocable imparfaite :

a) Lorsqu'elle est expresse, c'est-à-dire lorsque dans la formule on fait usage du terme « *talak baïn baïnouna soughra* » (1) ou tout simplement de « *talak baïn* » quand l'intention de faire une répudiation *baïn* irrévocable imparfaite est sous-entendue.

b) Lorsqu'elle est qualifiée ou faite par assimilation à un objet considérable de grande étendue : « Tu es répudiée d'une répudiation « dure », ou « longue » ou « large » ou grande comme la montagne » etc.

c) Lorsque le mari répudie moyennant une compensation que la femme accepte immédiatement de payer. La répudiation dans ce cas ne peut logiquement être révocable puisque la femme, en acceptant de payer la compensation, rachète en quelque sorte sa liberté.

d) Lorsque le mari fait usage d'une formule figurée impliquant intention de faire une répudiation *baïn* imparfaite : « Je t'ai rendue à tes parents » cette intention de rendre imparfaitement irrévocable la séparation est appréciée par le juge.

Cependant certaines formules figurées doivent exceptionnellement être interprêtées dans le sens de répudiation révocable : « compte les époques lunaires » « observe la continence » « tu es seule ».

e) Si le mari fait un serment de continence qu'il tient en s'abstenant de toute relation conjugale pendant une période de quatre mois au moins, sa femme est répudiée d'une répudiation *baïn* imparfaite. Cette règle est conforme à la disposition coranique ainsi conçue : « Ceux qui s'abstiennent de leurs femmes auront un délai de quatre mois pour réfléchir, et pour ne pas se séparer à la légère de leurs femmes. Si pendant ce temps là, ils reviennent à leurs femmes, Dieu

---

(1) C'est-à-dire répudiation irrévocable à petit éloignement.

est indulgent et miséricordieux. Si le divorce est fermement résolu, Dieu le sait et entend tout. » (1).

La répudiation est ici une peine infligée à l'homme qui par ses agissements a fait du tort à sa femme. Il est à remarquer que ce serment équivalait à une répudiation immédiate avant l'Islam. Celui-ci, tout en adoptant le même principe, a voulu seulement ajourner l'effet du serment à l'expiration de la période de quatre mois (2).

f) Si la répudiation a lieu avant la consommation du mariage, même par une formule n'entraînant par elle-même qu'une répudiation *radjii*, la femme est répudiée d'une façon irrévocable imparfaite et la retraite légale ne lui est pas imposée aucune confusion de part n'est à redouter. S'il n'y a pas eu cohabitation mais simplement entrevue privée avant répudiation, la répudiation sera encore irrévocable imparfaite, mais la retraite répudiaire sera imposée cette fois à cause de la « *turbatio sanguinis* » qui est à craindre.

g) Si le mari qui a prononcé une ou deux fois la répudiation *radjii* laisse écouler tout le temps de la retraite sans reprendre sa femme, la répudiation deviendra irrévocable imparfaite.

Quand y a-t-il répudiation irrévocable parfaite?

Dans les cas suivants :

a) Si la répudiation est « par trois ». Ainsi la femme sera répudiée d'une façon irrévocable et définitive si son mari lui dit : « Tu es répudiée trois fois » ou si levant trois doigts il dit : « Tu es répudiée du nombre de ces doigts ». Le résul-

(1) *Coran*, chapitre II, verset 226.

(2) Nous croyons intéressant de faire ici allusion au vœu solennel de continence ou de chasteté adopté par le droit canonique et qui constitue un empêchement diriment au mariage. Cet acte par lequel une personne même mariée, se rend incapable de contracter mariage ou de continuer un mariage déjà existant, est soumise à certaines conditions bien que la virginité et la continence soient préconisées par le christianisme. (A. Esmein, *Le mariage en droit canonique*, t. I, p. 270 et s. et t. II, p. 22 et s.)

tat est le même si le mari prononce des formules équivalentes : « Tu est répudiée du maximum des répudiations » ou « Tu es répudiée plusieurs fois » (1).

b) Toutes les formules figurées peuvent amener une répudiation définitive si telle est l'intention du mari en les prononçant. Nous rappelons ici les trois formules exceptionnelles que nous avons citées en parlant des formules figurées devant produire la répudiation *baïn* imparfaite.

c) Si la femme a été répudiée d'une rédudiation *radjii* ou *baïn* imparfaite, deux fois consécutives, et reprise ensuite par son mari sans qu'elle fût mariée à un autre, la troisième répudiation est pour elle définitive et rompt irrévocablement les liens du mariage.

Effets de la répudiation irrévocable. — Parfaite ou imparfaite la répudiation irrévocable produit les effets suivants :

a) Le mariage est immédiatement et irrévocablement rompu, aussitôt la formule prononcée. Le mari n'a plus la puissance maritale ; les droits et devoirs conjugaux tombent, la retraite de continence est la seule trace qui reste du mariage dissous.

b) Les époux doivent vivre séparément et s'interdire toute communication. Si les deux époux vivent dans la même maison, et que pratiquement les rencontres ne puissent être évitées, le *hakim* (2) peut obliger le mari à prendre une demeure ailleurs.

c) En cas de décès de l'un des époux pendant la retraite, le survivant ne participe pas à la succession du défunt. Il y a

(1) La langue arabe n'admet le pluriel qu'au delà de 2. Le nombre 2 (*mouthanna*) est intermédiaire entre le singulier et le pluriel et a une déclinaison spéciale.

(2) De *Hokouma* : gouvernement. *Hakem* est exactement gouvernant, mais signifie ici autorité judiciaire.

cependant en faveur de la femme et de l'époux quelque exeptions à cette règle, nous les citerons plus loin à l'occasion de la répudiation en cas de maladie.

d) Sauf en cas de non-cohabitation, il est interdit à la femme ainsi répudiée de se marier avec un autre mari pendant la retraite légale, interdiction qui se conçoit aisément et qui se retrouve dans toute sorte de séparation.

e) Le reliquat éventuel de la dot devient immédiatement exigible. Il n'y a aucune raison pour qu'il n'en soit pas ainsi. La répudiation ayant mis fin au mariage ou du moins au contrat, il est juste que toutes les obligations s'exécutent. Bien entendu, si le paiement a été convenu à des dates non encore échues, il faudra respecter ces délais.

Ainsi après répudiation imparfaite, la répudiée n'est plus incapable de se remarier avec le répudiant, nous l'avons dit. Le remariage entre eux est possible, mais ce sera une nouvelle union moyennant une nouvelle dot, en pratique moins élevée que la dot primitive et ce remariage pourra se faire sans attendre l'expiration du délai de l'*edda*.

Après répudiation parfaite, répétons le, le remariage de la répudiée avec son ex-mari devient prohibé, du moins tout le temps qu'elle ne sera pas devenue libre après son second mariage consommé, soit par prédécès du second mari, soit par divorce, soit encore par répudiation. Non seulement ce second mariage intermédiaire et libératoire doit avoir été réellement consommé, mais il ne doit pas être entaché de fraude, contracté uniquement pour la forme et dans le but d'éluder la loi. Est-il utile d'ajouter que le remariage entre les époux précédemment séparés par répudiation ne peut se contracter qu'après l'expiration de la retraite viduaire ou répudiaire ?

Il nous reste maintenant à noter qu'une répudiation, quelle qu'elle soit, n'est opérante qu'autant qu'elle frappe un

mariage valable : on n'altère ni ne rompt un acte radicalement nul.

En conséquence rien n'empêchera un mari qui a prononcé une répudiation irrévocable parfaite de reprendre ou plutôt d'épouser la répudiée non libérée par second mariage, si la preuve est faite que le premier mariage était nul. La répudiation en l'espèce est tombée dans le vide ; juridiquement elle n'a pas eu lieu. Il appartiendra au juge de s'assurer que le motif de nullité n'est pas imaginé par le mari pour reprendre directement son épouse.

§ 3. **De la répudiation conditionnelle**

La répudiation peut être pure et simple ou conditionnelle.

Elle est pure et simple quand elle produit son effet immédiatement. Prononcée par écrit, elle agira aussitôt rédigée et non à réception de la lettre : quand la destinataire recevra celle-ci, elle sera donc entrée depuis un laps plus ou moins long et à son insu dans l'*edda* répudiaire. « Si la femme, dit l'article 321, n'apprend la nouvelle de sa répudiation, ou de la mort de son mari, qu'après l'expiration des délais prescrits, elle sera dégagée de la retraite et pourra convoler en secondes noces ».

La répudiation est conditionnelle « quand elle est soumise à une condition ou à une circonstance, ou ajournée à un temps futur; elle ne produit son effet qu'à l'accomplissement de la condition ou de la circonstance à laquelle elle était soumise. » (Art. 251).

La condition, ajoute le dit article, équivaut à un serment. Donc les formules « je te répudie si... » ou « je jure de te répudier si... » sont équivalentes.

Disons tout de suite que la répudiation ajournée à un

temps futur constitue bien une répudiation conditionnelle et non à terme, car elle n'aura d'effet à cette époque que si la femme n'est pas morte, éventualité incertaine. Cette éventualité cesserait d'être incertaine si le mari disait, « je te répudierai dans deux siècles »; mais l'impossibilité même de la réalisation d'une répudiation ainsi formulée la rendrait nulle.

Remarquons aussi qu'une condition potestative, même dépendant de la volonté du mari, est valable.

Mais que faut-il encore pour que la répudiation soit conditionnelle, c'est-à-dire pour que ses effets soient réellement suspendus ?

a) Il faut que la condition soit formulée en même temps que la répudiation. « Tu es répudiée, si tu... » et le mari se tait : la répudiation est pure et simple même si quelques minutes après il achève sa phrase : « si tu sors aujourd'hui ». Mais si l'interruption dans la formule est due à une cause étrangère à la volonté du mari, à un éternuement, à une toux, à un bâillement, à un évanouissement par exemple, la condition est valablement formulée et la répudiation suspendue.

b) Il faut en outre que la condition se rapporte à un fait à la fois incertain et possible. « Tu es répudiée si tu sors demain ». La sortie de la femme, malgré le serment du mari marquera le point de départ de son *edda* suspendue jusque là. Mais si le mari s'exprime ainsi : « Tu es répudiée si le chameau passe par le trou de cette aiguille », la répudiation sera nulle, ce fait étant impossible.

Lorsque le mari emploie ces formules « je te répudie si cette pierre ne se transforme pas en or », ou « s'il fait jour demain », la répudiation est pure et simple parce que la condition est réputée non sérieuse, donc non existante. Le fait invoqué est certain et permanent.

Autre hypothèse : la scène se passe chez les parents de la femme, le mari dit à son épouse « si tu viens dans cette maison tu seras répudiée ». Mais elle est déjà dans la maison, la répudiation a-t-elle lieu dès maintenant ? Non, elle sera suspendue jusqu'au prochain retour éventuel. La condition doit, en outre, être exprimée d'une façon non douteuse. Supposons que le mari s'exprime ainsi : « si tu sors demain, il pourrait bien se faire que tu sois répudiée » ou « tu seras répudiée sans l'être », de telles formules seraient inefficaces.

d) Elle ne doit pas être ajournée à une époque où elle ne saurait produire aucun effet. « Si tu meurs avant le 1er janvier tu seras répudiée. Si la condition se réalise quel peut être l'effet de la rupture d'un mariage qui est déjà dissous naturellement ? C'est comme s'il y avait impossibilité de réalisation.

e) Elle ne doit pas être soumise à la volonté divine : « Tu es répudiée s'il plaît à Dieu, si Dieu veut, si Dieu l'ordonne ». Une telle condition est assimilée à une condition impossible, car nul ne peut connaître la volonté de Dieu ; et toute la formule de répudiation est réputée inexistante.

Cependant *Khalil* (1) admet qu'en ce cas il y a répudiation pure et simple.

f) Il faut enfin que la répudiation conditionnelle soit dirigée contre une femme avec laquelle le répudiant est encore uni par le mariage, ou contre une femme qui, répudiée *radjii* ou *baïn* imparfaite, est encore en retraite de continence.

A ce point de vue on assimile à la femme mariée celle qui ne l'est pas encore et que son éventuel mari a répudiée d'avance ». Par exemple par la formule : « Si je t'épouse tu

(1) Khalil, traduction Perron, *op. cit.*, t. II, p. 580.

sera répudiée ». Le répudiant par anticipation se trouvera lié par son serment de telle sorte que, si la condition se réalise, c'est-à-dire si notre homme épouse la femme menacée de répudiation, le mariage aura lieu, mais les effets de la répudiation antérieure commenceront aussitôt conclusion.

Les hanafites ne voient dans cette règle rien qui soit contraire à l'ordre public. L'homme est libre de restreindre sa liberté et de promettre d'avance de se séparer d'une femme déterminée si un jour il l'épouse, ou d'une femme inconnue quelconque avec laquelle il pourrait avoir la fantaisie de convoler ou même de toute femme qu'il épouserait.

Remarquons que, dans la formule employée par le répudiant dans l'exemple ci-dessus, la condition de répudiation est le mariage éventuel : « Si je t'épouse » ; le répudiant menace donc quelqu'un qu'il considère déjà comme son épouse.

Mais si la condition n'est pas le mariage futur, mais un fait quelconque, la répudiation sera inefficace en cas de mariage : « Je te répudie si tu parles à cet homme », ou « si le ministère tombe ». En formulant sa condition, le répudiant ne considérait pas encore la femme menacée comme son épouse. Si donc, après mariage, la femme parle à cet homme ou si le ministère tombe, le mariage n'en demeurera pas moins intact.

Au sujet des effets d'une répudiation anticipée les autres rites ne partagent pas l'opinion des hanafites reproduite par l'article 257 du C. du S. P. E. « Chaque fois que j'épouse une femme, elle sera répudiée », dans ce cas le serment ne cessera jamais et toute femme qu'il aura épousée, même après un second mariage, restera immédiatement répudiée.

Les chaféites et les hanbalites n'admettent pas qu'une répudiation anticipée puisse agir sur un mariage non conclu,

ils invoquent comme arguments certains *hadiths* du Prophète et prétendent que logiquement, pour être répudiés, une femme doit d'abord être mariée.

Entre eux et les hanafites se tiennent les malékites. Ils reprochent au rite hanafite de permettre à l'homme par un trait de plume de « se fermer à lui-même la porte du mariage » (1) par l'emploi des répudiations anticipées s'adressant à toute femme épousée dans l'avenir. D'autre part ils trouvent la règle chaféite trop absolue.

Les malékites, en effet, admettent que l'homme ne pourra pas répudier d'avance et d'une façon générale toutes les femmes qu'il viendrait à épouser; mais que rien n'empêche qu'il répudie antérieurement une ou plusieurs femmes déterminées.

A notre avis la règle hanafite relative à la répudiation anticipée pourrait être suivie toutes les fois que le répudiant serait déjà marié et voudrait par ce moyen s'éviter toute tentation à la polygamie.

Que devient une répudiation conditionnelle, lorsque, avant réalisation de la condition, le mariage est dissous par une répudiation *baïn* non définitive?

Elle survit à cette dissolution. « Tu seras répudiée par trois fois si mon fils meurt avant moi » dit un mari à sa femme. Plus tard il la répudie par une répudiation « *baïn* par un » ou « par deux », donc non définitive (2). Ensuite la condition se réalise : le fils meurt. Le mari pourra-t-il se remarier directement avec la répudiée ? Non, car la répudiation

---

(1) Zeid Bey, *op. cit.*, t. I, p. 352. Cet auteur donne la préférence au système chaféite et hanbalite.

(2) La répudiation *baïn* peut être aussi bien que la répudiation *radjii*, « par un » ou « par deux ». Dans les deux systèmes le nombre de répudiation est « trois » avec cette différence que dans le *radjii* pour reprendre sa femme le mari n'aura pas besoin de recourir au consentement de celle-ci, contrairement à ce qui a lieu pour le *baïn*.

conditionnelle a été maintenue et a rompu définitivement le mariage dès la mort du fils. Si la condition se réalisait après une répudiation intermédiaire suivie d'un remariage entre les époux elle entraînerait la dissolution du second mariage.

Quid lorsque la dissolution est complète ? Toute répudiation conditionnelle antérieure, de quelque nature qu'elle soit, est de ce fait anéantie, car elle ne peut pas réaliser la condition à l'égard d'une femme qui n'est plus l'épouse du répudiant. Celui-ci pourra, si c'est possible, épouser cette femme sans considération de la ou des répudiations conditionnelles.

§ 4. De la répudiation soumise à la volonté de la femme

Le droit musulman, nous le répétons, reconnaît au mari seul le droit de répudiation. En Égypte le nombre des dissolutions de mariage, que toute absence de procédure rend si faciles, est actuellement effrayant; que serait-ce alors si le droit de rompre librement était bilatéral?

Mais, si l'homme seul peut répudier, rien ne s'oppose à ce qu'il concède à sa femme le droit de se répudier elle-même. Il arrive parfois que celle-ci se le fait accorder par une stipulation dans l'acte même du mariage. Il peut l'être également après le mariage. Ainsi donc, si le mari y a préalablement consenti, la femme pourra se répudier elle-même, en vertu d'une sorte de mandat.

Le mari peut donner ce pouvoir à sa femme sous trois formes :

a) l'*ikhtiar* ou le choix;

b) l'*amr bil-yad* (1) ou répudiation à discrétion;

c) la *machiah* ou répudiation à volonté.

(1) Cette expression signifie littéralement : l'affaire dans la main.

Notons que l'expression *machiah* ou répudiation à volonté de la femme est impropre : cette volonté n'est-elle pas nécessaire dans les autres cas ?

Selon les jurisconsultes, le choix, accordé par la première forme, s'entend de l'option qu'a la femme d'accepter ou de refuser la sorte de répudiation que lui offre son mari ; c'est à prendre ou à laisser. C'est un mandat qui lui est offert et qu'elle doit remplir dans ses limites si elle l'accepte. La formule simple « *ikhtari nafsaki* » ou « choisis-toi », qu'un époux adresserait à sa femme, n'aboutira si la femme déclare disposer de sa personne qu'à une répudiation *baïn*. Mais si l'intention du mari de répudier sa femme par deux ou trois fois est expressément manifestée dans sa formule, la femme en optant pour la dissolution, encourra une répudiation exactement conforme à l'expression formulée par le mari.

La discrétion laissée à la femme par la deuxième forme dans l'expression « *amrouki byadiki* » (1) impliquerait que le mari, suivant l'intention de celui-ci, offre une répudiation « par un » ou « par trois ». Mais ces paroles ne comporteraient pas la répudiation par deux, à moins que le mari ne le dise expressément dans la formule adressée à sa femme. Cependant la liberté de la femme est plus étendue ici puisqu'elle peut ou refuser ou accepter tout simplement la répudiation « par un », malgré que le mari ait eu l'intention d'une répudiation « par trois ». Qui peut le plus peut le moins.

Enfin, la troisième forme laisse entendre que le mari donne à sa femme le pouvoir de se répudier, si elle le veut, « par un », « par deux » ou « par trois » selon les paroles formulées par le mari. La femme dans ce cas n'a pas le droit, en optant pour la dissolution du mariage, de prononcer une

---

(1) Cette expression signifie littéralement : ton affaire est dans ta main, ce qui veut dire : ton sort est entre tes mains ; ou : tu peux disposer de toi-même.

répudiation autre que celle qu'a voulue le mari, fût-elle même moins grave; ici la règle « qui peut le plus peut le moins » n'est pas admissible.

Il faut prendre garde de confondre les conséquences de la forme « *machiah* » dont nous venons de parler avec celle de la première forme « *ikhtiar* » ou choix. *L'ikhtiar* est en effet le pouvoir donné à la femme de se répudier par une formule figurée qui ne peut entraîner qu'une répudiation *baïn*, tandis que dans la « *machiah* » la formule répudiaire est expresse et ne peut engendrer, quand elle n'est pas « par trois », qu'une répudiation *radjii* : ce n'est que l'application pure et simple des règles de droit commun.

Quelle que soit la forme employée par le mari pour concéder à la femme le pouvoir de se répudier, ce pouvoir doit être maintenu jusqu'à réponse de la femme, réponse qu'elle fournira dans des conditions de temps que nous allons indiquer. Si un délai a été accordé par lui, le mari est lié par son offre jusqu'à expiration de ce délai.

Lorsqu'une femme a reçu pouvoir de se répudier, à quel moment est-elle tenue de faire connaître sa détermination ? Cela dépendra des circonstances.

Lorsque la femme reçoit pouvoir de prononcer elle-même sa répudiation, cette faculté, en principe, doit être, sous peine de déchéance, exercée dans la séance même où elle a été accordée, quelque longue qu'en soit la durée, et sans que la femme quitte la séance ou s'occupe de toute autre chose. Si l'offre est faite hors de la présence de la femme, celle-ci devra se déterminer aussitôt qu'elle en sera instruite.

Rien ne s'oppose dans le rite hanafite à ce que le mari fixe un délai d'exercice, délai qui peut être limité ou illimité. Dans le premier cas le pouvoir devra être maintenu jusqu'à échéance; dans le second cas il ne pourra être rétracté.

Les malékites ne traitent pas la femme dans cette matière

avec un esprit aussi libéral que les hanafites. Ils enlèvent en effet toute communication aux conjoints jusqu'à ce que la femme donne une réponse. Cette règle est contraire aux principes hanafites qui admettent la remise de la répudiation au choix ou à la discrétion de la femme pour un temps illimité, ce qui veut dire que, tout en vivant avec son mari, la femme pourra à tout moment disposer de sa personne. Mais, pour modérer la rigueur de leur principe, les malékites y apportent un remède qu'explique comme suit *Khalil* (1) : « Quand le mari a laissé à sa femme pour qu'elle se décide et se prononce un délai d'un an (ou plus ou même un délai qui excède une durée que rationnellement peut atteindre la vie d'une femme), cette femme, au moment où le souverain ou son représentant est informé du fait, est mise en demeure de se prononcer (c'est-à-dire d'accepter la répudiation, ou de renoncer à la faculté qui lui a été laissée et de rentrer sous l'autorité maritale). Alors si la femme ne se prononce pas, l'autorité la déclare privée du droit que lui avait concédé le mari. »

Nous avons dit que parfois le droit de se séparer de son mari est accordé à la femme par une stipulation insérée dans l'acte du mariage et quelquefois même pour toute la durée de l'union. La femme peut alors user de ce droit à n'importe quel moment et n'importe où. Nous n'avons pas caché notre opinion sur toute disposition de la loi qui est de nature à faciliter trop largement les dissolutions de mariage, néanmoins nous reconnaissons que ces concessions conventionnelles du droit de répudiation faites au moment du mariage peuvent rendre des services, particulièrement chez les hanafites. Le mari peut être un aventurier, un homme vicieux, un mari peu recommandable enfin, et l'existence

(1) Khalil, traduction Perron, *op. cit.*, t. II, p. 600.

pour la femme pourrait être un martyre si elle n'avait pas cette faculté d'y mettre fin elle-même.

Le droit de répudier tombe :

a) par l'expiration du terme si un délai a été fixé à l'exercice du droit;

b) par la renonciation, soit formellement déclarée, soit tacitement manifestée, par la reprise des relations conjugales que l'offre aurait momentanément suspendues;

c) par la dissolution définitive du mariage.

Il s'ensuit que, si les deux ex-époux se remarient de nouveau, la femme n'aura pas le droit de dissoudre le second mariage, à moins d'une nouvelle concession.

Puisque le mandat ou pouvoir d'auto-répudiation donné à la femme peut être plus ou moins étendu selon les circonstances, il convient d'examiner ce qui se produit lorsque la femme a outrepassé ses droits. Diverses sortes de contraventions sont possibles à ce sujet :

a) La femme a prononcé plus de répudiations qu'elle n'en avait le droit : la formule répudiaire qu'elle a employée est alors inefficace; pas de répudiation, donc le mariage est maintenu. Mais si, autorisée à prononcer une répudiation « par trois », elle en prononce une « par un » ou « par deux », celle-ci sera valable « qui peut le plus peut le moins » disent les hanafites.

Les malékites, eux, admettent au contraire que, dans la première hypothèse, l'emploi de la formule réalise valablement celle des répudiations qui était autorisée par le mari; dans la deuxième hypothèse, ils considèrent la répudiation comme nulle (1).

b) La femme a prononcé une répudiation d'une nature autre que la répudiation offerte : c'est celle-ci qui sera

---

(1) Khalil, traduction Perron, *op. cit.*, t. II, p. 607 et 608.

obtenue. Ainsi le mari l'a autorisée à se répudier *radjii*, et elle formule la répudiation *baïn*, c'est la répudiation *radjii* offerte par le mari qui aura lieu. Ici donc la règle « qui peut le plus peut le moins » ne joue pas.

En somme, il résulte des deux règles précédentes que la femme, en se répudiant, ne peut désobéir à son mari qu'en diminuant le nombre des répudiations, c'est-à-dire en restreignant sa liberté de disposer d'elle-même.

c) La femme contrevient à un pouvoir qu'elle a reçu sous la forme *machiah* : à volonté. Dans ce cas son auto-répudiation est absolument nulle, soit que la modification qu'elle a introduite à son droit porte sur la forme ou sur le nombre des répudiations.

§ 5. **De la répudiation en état de maladie**

Une personne capable peut en principe faire tous actes de dispositions sans que rien puisse entraver sa volonté du moment qu'elle s'exerce dans le cadre légal. Cependant le droit musulman, comme d'ailleurs tant d'autres législations, apporte certaines restrictions à la liberté de disposition des personnes atteintes d'une maladie mettant leur vie en danger et devant vraisemblablement entraîner la mort. Le législateur hanafite envisageant l'intérêt de la femme a étendu cette incapacité au droit de répudiation quand il est exercé dans les circonstances de maladie grave.

La répudiation faite sans le consentement de la femme par un mari qui sent venir la mort est présumée faite dans le but méchant de frustrer la femme de ses droits à la succession. Il n'y a pas à proprement parler vice de consentement résultant d'un affaiblissement de volonté consécutif à la maladie, mais plutôt présomption d'un mobile peu respec-

table : nuire à celle qui est appelée à succéder. Pourquoi vouloir rompre un mariage qui touche à sa fin, si ce n'est parce qu'une répudiée n'a pas de droit à la succession du répudiant ?

La règle n'est pas seulement applicable à l'homme qui répudie sa femme dans sa dernière maladie; elle s'applique également à la femme qui dans les mêmes circonstances dissout le mariage.

Qu'entend-on par maladie grave ? La généralité des docteurs donne ce nom à toute affection qui, pour l'homme, met sa vie en danger et l'empêche de vaquer à ses affaires au dehors, alors même qu'elle ne l'astreindrait pas à garder le lit; et, pour la femme, à celle qui met sa vie en danger et la met hors d'état de faire le service de la maison. Il y a donc deux bases constitutives à la maladie dont parle la loi hanafite : 1° la probabilité de mort; 2° l'incapacité de vaquer aux travaux habituels.

On assimile aux malades ainsi définis ceux qui sont exposés à un péril : le soldat qui sort des rangs pour soutenir un combat singulier; le condamné à mort par décision de justice et allant au supplice; celui qui se trouve à bord d'un navire en perdition, etc.

Cependant il y a certaines maladies, dont l'issue fatale est certaine, mais à échéance assez éloignée : phtisie, paralysie, etc... Il a semblé au législateur que l'entrave à la liberté de répudier risquerait de durer dans ce cas trop longtemps. Aussi a-t-il décidé de n'admettre cette incapacité relative qu'autant que la dite maladie s'aggrave de jour en jour et laisse prévoir une fin prochaine. Mais si les maladies deviennent chroniques et restent stationnaires sans aggravation ni amélioration depuis au moins un an, il y a lieu de considérer les actes faits par les personnes qui sont atteintes comme émanant des personnes saines.

En quoi donc consiste cette incapacité relative de répudier en cas de danger de mort ?

Lorsqu'un mari gravement malade ou en péril répudie irrévocablement sa femme, celle-ci, contrairement à la règle générale, garde ses droits à la succession du répudiant pendant toute la durée de la retraite légale. Il peut donc répudier sa femme d'une façon définitive, mais il ne peut pas lui retirer de ce fait et immédiatement ses droits successoraux qui subsisteront malgré lui jusqu'à expiration de l'*edda* ou, avant cette échéance, jusqu'à recouvrement de la santé ou disparition du péril.

Suffit-il, pour produire l'effet exceptionnel que nous venons d'indiquer, qu'une répudiation soit faite par un mari en danger de mort ? Non, il faut qu'elle réunisse encore d'autres conditions :

a) Elle doit être volontaire. Quand nous avons parlé des conditions de validité de la répudiation, nous avons dit qu'une répudiation prononcée par contrainte était valable, chez les hanafites.

Que décider si une telle répudiation émane d'un malade agissant sous menace de mort ? Elle sera encore valable, mais elle enlèvera à la femme tout droit successoral, car l'intention de frustrer sa femme ne peut être présumée chez le mari dans ce cas.

b) La femme ne doit pas avoir requis elle-même cette répudiation *in extremis* irrévocable. Si c'est celle même que la loi entend protéger qui réclame la répudiation *baïn*, il n'y a aucune raison de lui imposer un bénéfice auquel elle renonce d'avance.

Mais il peut arriver que la femme n'ait demandé qu'une répudiation révocable, qui, par elle-même, ne lui enlève pas son droit successoral, et que le mari malade la répudie irrévocablement. L'intention de la frustrer est flagrante

dans ce cas : Aussi la femme pourra-t-elle hériter si la succession s'ouvre avant la fin de l'*edda*.

c) Il faut que le mari soit mort avant expiration de l'*edda* soit de la maladie ou du péril qui le menaçait, soit d'une autre affection ou d'un accident. Il suffit que l'ouverture de sa succession précède la péremption du droit de la femme.

d) Il faut que la femme, au moment de la répudiation ait été héritière de son mari. En principe, la différence des religions met obstacle à l'exercice du droit successoral. Si donc un mari malade répudie sa femme *Kitabiah* (juive ou chrétienne), celle-ci ne pourra hériter du répudiant lors même qu'elle se serait convertie à l'islamisme avant la mort de son mari. Même solution pour une femme répudiée musulmane qui aurait abjuré ensuite sa foi ; reviendrait-elle à l'Islam avant la mort du mari, elle ne recouvrerait pas pour cela son droit successoral.

Cette exception relative à la différence des religions est prévue également par les malékites. Mais, à la différence des hanafites, ils admettent le droit de succession de la femme *Kitabiah* répudiée par un malade, mais convertie à l'Islam avant la mort de son mari, ainsi que de la femme qui a contrevenu au serment de répudiation de son mari : « Je jure que tu seras répudiée si tu vas soigner ton père malade » en allant soigner son père malgré le serment.

Les chaféites ne font aucune distinction, quant aux effets sur le droit successoral, entre une répudiation prononcée en état de maladie grave et une autre faite en état de santé : pas de présomption de fraude (1).

e) Lorsque le mari en état de santé a prononcé le serment

(1) Zeid Bey, *op. cit.*, t. I, p. 379.

de continence et a laissé passer le délai de quatre mois sans cohabitation avec sa femme, la répudiation irrévocable se produit et la femme perd son droit à l'héritage. Pour qu'elle puisse hériter il faut que ce serment ait été fait en état de maladie : l'intention de frustrer se présume ici.

t) Si les époux ont été séparés en vertu d'un jugement rendu par suite d'un serment d'anathème, la femme répudiée par son mari en état de maladie a encore droit à la succession si l'époux meurt avant l'expiration de l'*edda*.

Ainsi donc si l'une et l'autre des conditions ci-dessus énumérées fait défaut, la femme répudiée en cas de maladie grave n'héritera pas.

L'article 271 cite d'autres circonstances qui la priveront également du droit de succession :

a) Lorsqu'elle aura demandé le divorce de son consentement ou choisi la dissolution du mariage à sa majorité, ou obtenu un jugement de séparation pour cause d'impuissance du mari.

b) Lorsque le mari aura prononcé la répudiation *baïn* dans des circonstances où le péril qui le menace n'est pas imminent pour lui : il était par exemple en détention préventive pour crime emportant peine capitale, ou enfermé dans un fort assiégé, ou à bord d'un vaisseau avant que le danger ne fût imminent, etc.

L'article 272 envisage l'hypothèse d'une répudiation prononcée par le mari alors que sa femme est malade « et hors d'état de faire le service de la maison ».

Il va sans dire qu'il n'a aucun intérêt à précipiter une dissolution irrévocable qui lui enlèvera son droit à la succession de la malade. Le législateur a voulu statuer sur le cas où la répudiation serait provoquée par la femme elle-même ayant reçu pouvoir de son mari ou résulterait de son propre fait :

1° Ayant été mariée mineure par un autre que son père, elle exerce son droit d'option à sa majorité et se sépare de son mari.

2° Elle a des relations coupables avec son beau-père ou avec son beau-fils, relations qui motivent également la dissolution de son mariage.

3° Enfin elle apostasie.

Si après l'un de ces événements elle meurt avant expiration de l'*edda*, son mari héritera, malgré la dissolution.

CHAPITRE III

Le Khole (1)

Divorce (ou répudiation) par consentement mutuel

Le mari, avons-nous dit, peut toujours, quand il lui plaît et sans qu'il ait à en donner les motifs, mettre fin au mariage, par la voie expéditive et peu coûteuse de la répudiation.

La femme, nous venons de le voir, peut également dissoudre l'union par la même voie répudiaire, mais seulement, en agissant ès-qualité, quand le pouvoir lui en a été conféré par le mari.

Dans l'un et dans l'autre cas c'est le mari seul qui répudie, soit en prononçant lui-même la formule à l'heure qu'il choisit, soit en donnant à sa femme mandat de le faire à sa place. Ce mandat, il peut le révoquer, en répudiant lui-même sa mandataire avant que celle-ci n'ait prononcé la formule. Nous avons eu à plusieurs reprises, l'occasion de faire remarquer que le rite hanafite est particulièrement

---

(1) Ce mot signifie littéralement « l'enlèvement » : la femme contribue à l'enlèvement des liens de son mariage.

rebelle à l'idée d'ouvrir à la femme, même à la plus malheureuse en ménage, la voie judiciaire en vue d'obtenir le divorce.

En instituant le *khole*, le législateur semble avoir voulu entr'ouvrir une porte permettant à la femme de sortir de l'union conjugale en cas de mésintelligence avec son mari. « En cas de désaccord entre les époux, dit l'article 273, s'ils craignent de ne pas pouvoir remplir les devoirs qui découlent du mariage, ils pourront se séparer par le divorce comme par la répudiation, lorsque le mariage est valable ». Le mot « divorce » n'est peut-être pas celui qui devrait être employé pour traduire le terme arabe « *khole* » : le divorce implique en effet une procédure et un jugement, tandis que le *khole*, nous allons le voir, s'obtient par simple consentement. Nous verrons même que dans un cas particulier le *khole* résulte de la volonté unique du mari. Ce mode de rupture tient donc plus de la répudiation que du divorce (1).

Qu'est-ce qui distingue alors le *khole* de la répudiation unilatérale ?

1° Le *khole* n'est jamais imposé à la femme, il est consenti.

2° L'initiative de la proposition peut émaner aussi bien de l'un que de l'autre des époux.

3° Il se conclut moyennant une compensation offerte par la femme, si c'est elle qui propose le *khole*, ou demandée par le mari quand il prend lui-même l'initiative de la démarche.

Donc le *khole* peut être défini : une répudiation consentie et rémunérée.

Nous parlerons successivement de la compensation, de la capacité de consentir le *khole*, des formalités du *khole* et de la nature de la dissolution par *khole*.

---

(1) Rahmin Helou l'appelle répudiation par consentement mutuel (*Condition juridique des femmes musulmanes*, p. 151).

§ 1. De la compensation

La compensation est en quelque sorte le prix de rachat de la liberté personnelle de la femme; elle vient compenser en effet la perte, pour le mari, de sa puissance maritale. Le *khole* ne serait en somme qu'une libération rémunérée de la femme.

Toute femme musulmane, qui a à se plaindre de son mari dont elle veut se séparer, peut espérer, grâce à l'institution du *khole*, que l'appât d'une rançon, qu'elle lui offre en compensation, décidera son conjoint à consentir à une répudiation pécuniairement avantageuse pour lui.

En quoi peut consister cette compensation ? « Tout ce qui est susceptible d'être constitué en dot peut être offert en compensation » dit l'article 277. Elle peut donc comme la dot être constituée en numéraire, ou en choses dont la vente ou la possession sont permises par la loi. Mais une compensation peut comprendre aussi des obligations, des charges, toutes choses qui par nature ne sauraient figurer dans une constitution dotale : ainsi la femme peut s'engager en compensation à nourrir son enfant pendant les deux années fixées pour l'allaitement, ou à le garder auprès d'elle et à l'entretenir à sa charge après l'avoir sevré, pendant une période déterminée. Elle peut convenir également qu'elle gardera ses filles ou ses garçons jusqu'à majorité. Toutes ces charges qui légalement incombent au père ne peuvent évidemment faire l'objet d'un don nuptial.

L'article 285 prévoit le cas où les choses promises ne peuvent être livrées : « Si les objets composant la compensation donnée par la femme viennent à périr avant la livraison, ou si le mari en est évincé, la femme est tenue de les

remplacer par des objets de la même nature s'il en existe, ou d'en payer la valeur ».

Pourrait-elle offrir des choses dont la possession légitime est défendue à un musulman ou bien encore des valeurs aléatoires ou indéterminées, toutes choses, avons-nous dit, qui ne peuvent constituer une dot ? Oui, disent les uns : puisqu'un mari peut répudier purement et simplement sans avoir rien à réclamer, il peut bien accepter des choses indéterminées ou aléatoires ou dont l'usage est interdit à un musulman. Non, affirment les autres, et après avoir parcouru les commentaires nous partageons leur opinion. D'ailleurs l'article 277 dans son esprit du moins rejette la manière de voir des premiers.

Lorsqu'une de ces choses aura été offerte et acceptée en compensation, la répudiation aura lieu mais la compensation ne sera pas exigible. Autrement dit le *khole* n'aura été qu'une répudiation unilatérale, obtenue par l'emploi d'une formule figurée contenant l'expression « *Khole* ».

Comment se détermine le quantum de la compensation ? Uniquement par la convention : aucune décision judiciaire ne peut y suppléer car la compensation coutumière n'est pas prévue par le code actuel.

L'article 279, qui statue sur le cas où le mari est le premier à proposer le *khole*, se termine par cette disposition : « Si la proposition du mari est faite sans compensation le divorce est encouru sans le consentement de la femme ». Cette phrase ne représente pas exactement le sens de la phrase arabe correspondante. Celle-ci dit que le mari peut répudier sa femme par l'emploi au passé du verbe d'où provient le mot *khole* : ici la répudiation s'accomplit par une expression figurée qui rend cette répudiation *baïn*. M. Clavel frappé de la contradiction de cette phrase avec les règles du *khole* et sans savoir que c'est un vice de traduction, fait

très justement remarquer que si le mari peut divorcer sans l'agrément de la femme il ne « propose » plus le divorce, il le « prononce » ou plus exactement il la répudie (1).

Si donc les époux sont tombés d'accord sur la quotité de la compensation, aucune difficulté ne peut s'élever ultérieurement : le mariage est dissous, et la compensation est exigible; de plus toutes les dettes que les époux peuvent avoir l'un envers l'autre relativement au mariage dissous sont éteintes quand la compensation n'est pas constituée par la dot. Nous allons voir tout-à-l'heure que la femme peut en effet compenser en offrant de restituer sa dot perçue ou en abandonnant ses droits sur ce qui n'en est encore pas payé. Quand la compensation est ainsi constituée, les autres dettes réciproques, reliquat de frais d'entretien, *mutaa*, etc., sont maintenues.

Mais lorsque la créance compensatoire est constituée par une chose autre que la dot telle que paiement d'une somme d'argent ou fourniture de certains objets par la femme à son mari ou engagement par elle pris d'entretenir son enfant, la femme perd tout droit à réclamer ce qui éventuellement lui reste dû de la dot, de ses frais d'entretien, etc.; le mari de son côté ne peut pas répéter la dot ou la partie de la dot payées par anticipation, ou la pension alimentaire acquittée d'avance.

En somme un *khole* compensé par la dot rompt les liens conjugaux, mais maintient les obligations pécuniaires nées du mariage, le *khole* rémunéré par tout autre chose que la dot, détruit à la fois, les obligations d'époux et les rapports d'ordre économique que le mariage a fait naître.

« La libération mutuelle (*des dettes nées du mariage*) des époux, dit l'article 281 dernier alinéa, a lieu également,

---

(1) Clavel, *op. cit.*, t. I, n° 306.

lorsque le divorce est fait sans fixation de compensation, avant comme après la consommation du mariage ». Ceci suppose qu'au lieu de répudier purement et simplement, le mari a employé la répudiation consentie par la femme afin de faire tomber les dettes réciproques nées du mariage.

La liberté des parties est entière quant à la fixation de ce prix de compensation qui peut être inférieur, égal ou supérieur à la dot; donc il peut descendre au-dessous de dix *dirhams*, chiffre minimum de la dot. « Le mari pourra juridiquement consentir au divorce de sa femme moyennant une compensation plus élevée que la dot par lui payée » (Art. 276 S. P. E.). Le législateur semble aller au-devant d'une objection quand il décide que, même dans le cas où un mari spéculerait sur un divorce, il aurait la loi pour lui, car ce divorce avantageux serait juridiquement valable. Le mari, disent les docteurs, peut exiger une compensation plus élevée que la dot par lui fournie. C'est abominable, mais c'est permis.

§ 2. Capacité de consentir au khole

Puisque le *khole* aboutit au même résultat que la répudiation simple, il est juste que les conditions de capacité exigées pour répudier le soient également pour divorcer par consentement mutuel. Mais le rite hanafite a entendu faire une distinction, quant à la capacité d'y consentir, entre le *khole* lui-même et la compensation qui le rémunère.

La compensation constitue un avantage pécuniaire pour le mari seulement, c'est-à-dire pour celui qui détient l'autorité dans le ménage : on peut craindre qu'il ne soit tenté d'user de cette autorité pour se faire offrir une compensation exagérée. Aussi le législateur a-t-il exigé, chez la femme qui

veut compenser, une capacité pleine et entière d'aliéner, tandis qu'il lui reconnaît une plus grande latitude pour consentir au *khole*.

En principe, pour consentir le divorce, les époux doivent être majeurs, sains d'esprit et valablement mariés l'un à l'autre ou séparés par une répudiation *radjii* alors que la retraite de continence ou « *edda* » n'est pas encore expirée.

a) **Capacité du mari.** — Avant sa majorité le mari ne peut divorcer (1) lui-même, ni par l'intermédiaire de son représentant légal, fût-il son père et alors même que son mariage aurait eu lieu en vertu du droit de « *djebr* » exercé légalement par ce représentant. Un mineur peut donc être marié sans sa volonté, mais il ne peut divorcer, avant sa majorité, ni en vertu de sa volonté, ni en vertu de celle de son père.

Majeur, il peut divorcer par mandataire *ad hoc* de son choix. Le mari doit aussi être sain d'esprit et tout ce que nous avons dit à ce sujet en parlant des conditions de validité de la répudiation s'applique au cas de *khole*.

b) **Capacité de la femme.** — La femme aussi, pour consentir valablement au *khole*, doit, en principe, être majeure et saine d'esprit, mais aux termes de l'article 290 du S. P. E. « le père peut faire divorcer sa fille mineure ». Nous dirons plus loin que les effets du divorce ainsi obtenu pour elle, varient selon les circonstances. Qu'il nous suffise pour l'instant de dire qu'une mineure ou une folle peut se faire divorcer.

La femme majeure et saine d'esprit peut, elle aussi, donner procuration pour consentir au divorce en ses lieu et place.

---

(1) Il est bien entendu que nous donnons ici au mot « divorcer » le sens de « répudier par consentement mutuel ».

§ 3. Des formalités du « khole »

Le *khole* étant un acte purement consensuel, le simple concours des deux volontés suffit pour opérer la dissolution et ces volontés n'ont pas besoin comme dans la répudiation simple d'être manifestées par une formule sacramentelle.

A quel moment doit se faire cet accord des volontés? Si la proposition du divorce compensé émane du mari, c'est dans la séance même que la femme doit acquiescer, et, quelle que soit la durée de cette séance, la proposition ne pourra être retirée.

Si c'est au contraire la femme qui fait la proposition, le mari, à peine de nullité de son adhésion, devra lui aussi accepter dans la séance même; mais jusqu'à manifestation de cette acceptation la femme restera libre de rétracter son offre. Autrement dit, pendant l'entrevue, l'homme est lié par sa proposition, la femme ne l'est pas par la sienne : simple pollicitation pour celle-ci et promesse pour celui-là. Selon l'*Iman Al Azam*, lorsque l'homme propose le *khole*, il promet sous serment de répudier sa femme si elle y consent moyennant la compensation demandée; lorsque l'initiative vient de la femme, elle offre de verser la somme convenue si son mari la répudie.

Comment un mari peut-il proposer le *khole* compensé à sa femme? Il peut le faire sous la forme de promesse ou sous la forme impérative : « Je jure de te divorcer si tu consens à me payer L. E. 100 »; ou « Sépare-toi moyennant L. E. 100 ». Fait dans ces conditions, dit l'article 279 S. P. E., le *khole* n'est valable et la compensation n'est exigible que si le consentement de la femme a été donné « volontairement et en connaissance de cause »; c'est-à-dire qu'un vice quel-

conque du consentement de la femme suffirait à le rendre inopérant.

Remarquons que cette disposition ne vise que le consentement de la femme. S'étend-elle au consentement de l'homme? Oui, de plus le consentement de l'homme doit toujours émaner de sa personne. Nous verrons en effet qu'un *ouali* peut consentir au « *khole* » de sa pupille ce qu'il n'a pas le droit de faire pour son pupille.

Lorsque l'entente est établie, le mariage est dissous. L'article 278 S. P. E. dit que « l'acte juridique n'est pas imposé ». Il faut entendre par là que le juge n'aura pas à homologuer le divorce; c'est à notre avis le mot judiciaire qu'il eût fallu employer.

§ 4. **Nature de la dissolution par « khole »**

Le *khole* a la valeur d'une répudiation *baïn*, imparfaite ou parfaite, suivant l'intention que le mari y aura attachée. Ce mode de séparation entraîne donc une dissolution irrévocable, solution qui se justifie puisque la femme a eu en vue, en offrant ou en acceptant de fournir une compensation, l'obtention de sa liberté personnelle, liberté que ne lui accorderait une répudiation *radjii* qu'après *edda* expirée. Que la divorcée soit ensuite incapable d'épouser son ex-mari, peu lui importe à elle. L'essentiel, pour elle, est d'être sûre de ne l'épouser de nouveau que si elle le veut bien. Le mari seul peut donc avoir un intérêt à consentir à une répudiation imparfaite, lui donnant la possibilité de redevenir directement l'époux de la divorcée. C'est pourquoi l'intention du mari prévaut en cas de contestation sur le caractère de la dissolution par *khole*.

Les époux pourraient-ils convenir que le divorce aura le

caractère *radjii* ? Oui, disent les malékites, mais seulement quand aucune compensation n'a été stipulée à la charge de la femme. Les hanafites ne permettent pas cette convention (Art. 278 S. P. E.).

Contrairement aux hanafites et aux malékites, les chaféites et les hanbalites voient dans le divorce consensuel, non une répudiation irrévocable parfaite ou imparfaite, mais une dissolution radicale.

Le mariage ainsi dissous est traité par eux comme le serait une union entachée de nullité : les époux, considérés comme n'ayant jamais été mariés ensemble, peuvent se remarier entre eux immédiatement, et le mari possède en vertu du nouvel acte de mariage la faculté d'user des trois répudiations consécutives.

Effets immédiats du khole. — Aussitôt le divorce prononcé le mariage est dissous; la femme entre en *edda :* le mari perd sa puissance maritale; l'entretien est dû pendant l'*edda* sauf convention contraire; les époux cessent d'être héritiers l'un de l'autre.

Que deviennent les dettes réciproques ? Si elles résultent des relations financières n'ayant pas pour source le contrat même du mariage, elles survivront au divorce; mais si ces dettes sont dues en vertu du mariage : dot arriérée, frais d'entretien dûs ou payés d'avance, *mutaa*, etc., elles seront maintenues, avons-nous dit, ou éteintes selon que la compensation sera ou ne sera pas constituée par la dot elle-même.

Khole des femmes incapables. — Nous avons dit qu'une femme incapable pouvait être divorcée sans son consentement. Quels seront les effets du *khole* d'une mineure d'abord et d'une interdite ensuite ?

Divorce d'une mineure. — Deux hypothèses sont à envi-

sager : les formalités du divorce ont lieu entre le mari et le père de la mineure, ou bien entre le mari et la mineure elle-même.

1° Lorsque la décision est prise par le mari de la mineure d'accord avec le père de cette dernière, le divorce est valide, mais la mineure ne pourra être tenue de payer la compensation promise pour elle; ni le père d'ailleurs. Le père a le droit évidemment de promettre de payer la compensation de ses propres deniers. Mais s'il ne s'engage pas lui-même personnellement, la femme mineure ne sera tenue que naturellement de la compensation.

2° Lorsque c'est à la mineure que le mari propose le divorce, il faut distinguer : si la femme est trop jeune pour comprendre la portée de la promesse qu'elle fait, et les effets du divorce qu'on lui propose, le divorce n'est pas encouru : il n'y a pas de consentement.

Mais si la mineure est à même de comprendre ce que produira le *khole* offert, le divorce est encouru, mais, quant à la compensation qu'elle aura promise, elle n'est pas liée.

Divorce d'une interdite. — La femme interdite pour cause de folie est traitée comme la mineure qui n'a pas atteint l'âge de discernement. Si l'interdiction résulte de la prodigalité, le divorce sera encouru, mais le paiement de la compensation promise par elle ne sera pas obligatoire; donc celle-ci sera considérée comme une mineure qui raisonne.

CHAPITRE IV

Le divorce judiciaire

C'est peut-être au sujet du divorce par autorité de justice que les quatre rites diffèrent le plus l'un de l'autre. Autant le rite malékite accorde libéralement à la femme le droit de recourir au *cadi* pour faire dissoudre un mariage dont elle souffre, autant le rite hanafite se montre parcimonieux quand il énumère les cas où il lui ouvre cette voie exceptionnelle.

L'*Imam Al Azam*, en effet, n'admet le divorce judiciaire sur la demande de la femme que dans trois circonstances :

a) Lorsqu'elle a le droit d'option ;

b) Lorsque le mari a fait serment d'anathème ;

c) Lorsqu'il est impuissant.

La meilleure preuve que les hanafites considèrent le divorce judiciaire comme une exception, c'est que le code hanafite égyptien ne lui a pas consacré de section spéciale. C'est dans le texte, où ils sont disséminés, que nous devons rechercher la plupart des cas où il autorise ou semble autoriser, selon les interprétations, cette sorte de dissolution du mariage.

Nous disons « semble autoriser » parce que de la lecture des articles 177, 210 et 211. Clavel tire des conclusions que nous rejetons comme contraires aux commentaires où a été puisé le code hanafite égyptien qui n'a fait, nous le répétons encore une fois, que condenser les règles de la législation musulmane.

L'article 210, dont nous avons déjà parlé, prévoit le désaccord entre les époux et leur recours au magistrat qui pourra les renvoyer devant deux arbitres. Si les efforts des arbitres en vue d'une réconciliation sont vains, ceux-ci prononcent le divorce mais seulement lorsque « les époux leur en ont donné le pouvoir ». A défaut de cet accord des époux le juge ne pourra pas leur accorder le divorce.

L'article 211 envisage l'hypothèse de mauvais traitements subis par la femme, et prouvés par elle : le mari « sera passible d'une peine correctionnelle, plus ou moins grave, selon la faute commise ». Clavel affirme que si l'article en question ne parle pas du droit qu'aurait en plus le cadi de prononcer le divorce aux torts de l'époux, c'est par simple omission. Non, le rédacteur du code l'a omis intentionnellement conformément au rite hanafite. C'est regrettable, nous le reconnaissons volontiers.

Clavel tire également de l'article 177 par argument *a contrario* la conclusion que, lorsque le mari aisé refuse d'entretenir sa femme, il encourra le divorce. Cette conclusion aussi, nous l'avons refutée dans notre étude de la *nafaqa*.

Nous ne pouvons pas établir cette règle, du moins dans la législation hanafite, que tout manquement grave commis par l'un des époux autorise le magistrat à prononcer le divorce à la requête de l'autre.

Un mari malékite ou hanbalite qui, volontairement ou par nécessité, s'abstient d'une façon persistante, de remplir le devoir conjugal ou qui partage inégalement ses nuits, peut

être divorcé judiciairement à la demande de sa femme (1). Le mari hanafite, au contraire, après consommation, peut impunément refuser tout rapport sexuel à une de ses femmes si elle a sa part de nuits. Le rite hanafite n'accorde même pas à la femme le droit au divorce quand son mari lui refuse sa part de nuits sauf le droit au *cadi* de lui adresser des blâmes. Seule la non consommation du mariage pourrait entrainer la séparation par décision judiciaire, si elle avait pour motif l'impuissance du mari. Il faut d'ailleurs pour cela que la femme devant la dénégation de son mari de l'état dont elle l'accuse, soit reconnue vierge ainsi que nous le verrons bientôt.

La femme d'un malékite ou d'un chaféite laissée intentionnellement ou non sans ressources par son mari absent, peut demander le divorce (2). La femme d'un hanafite, elle, même abandonnée intentionnellement dans le dénuement ne le peut pas (3).

Dans tous les rites, sauf dans le hanafite, les violences sur sa personne, les injures graves à son adresse et même à l'adresse des siens, sont autant de causes que la femme peut invoquer pour obtenir le divorce.

Si, par exception, des *Mehkémehs* égyptiens ont accueilli la demande en divorce de la part d'une femme, c'est que son mari, dont l'absence prolongée en un lieu inconnu motivait l'action en divorce, avait au moins 90 ans ou que tous ses contemporains étaient morts.

Ces rares exceptions ne font que confirmer la règle. Le rite hanafite, moins modernisé que le rite malékite, n'admet pas le divorce judiciaire en dehors des cas que nous allons étu-

(1) Louis Milliot, *op. cit.*, p. 155. — Alraoud Almourabaa, *op. cit.*, t. II, p. 150.

(2) Art. 171 de l'avant-projet du code algérien et note n° 2 sur le même article — Alghazali, *op. cit.*, t. II, p. 114.

(3) Zeid Bey, *op. cit.*, t. I, p. 265 et 266.

dier successivement. Mais l'application de ce principe trop rigide de la doctrine hanafite a donné lieu à tant de plaintes justifiées que le gouvernement égyptien a cru devoir, en 1920, et par la loi n° 25, y apporter quelques adoucissements empruntés aux autres rites. La réforme est timide mais, en matière de législation musulmane, il convient d'agir prudemment.

§ 1. **Divorce par exercice du droit d'option**

Rappelons brièvement que la femme mineure peut être mariée par son tuteur *aceb*, père, ou grand père, auquel cas le mariage est valide, et, même s'il y a eu mésalliance ou lésion dotale, le mariage ne pourra pas être attaqué par la femme à sa majorité. Toute différente est la situation lorsque la mineure a été mariée par un tuteur autre que le père ou le grand-père à un mari mal assorti ou avec stipulation dotale lésant l'incapable : le mariage est radicalement nul. Si dans cette dernière hypothèse, il n'y a ni mésalliance, ni lésion dotale, la femme devenue majeure peut opter pour le maintien de l'union ou pour son annulation par le divorce. Si elle opte pour cette dernière alternative, elle devra adresser sa demande au magistrat qui, après s'être assuré que le droit de la femme n'est pas éteint, prononcera la dissolution du mariage. Jusqu'à décision judiciaire le mariage reste valable.

§ 2. **Divorce en cas de serment d'anathème détruit par serment d'innocence prononcé par l'accusée**

Quand un mari accuse sa femme d'adultère, il peut le faire sous la forme solennelle du serment d'anathème ; la femme

ainsi accusée a le droit de protester de son innocence en prononçant le même serment.

Mais un serment d'anathème, pour être efficace, doit être prononcé :

1° Au cours d'un mariage valable ou pendant l'*edda* consécutive à une répudiation *radjii*;

2° par des époux capables de témoigner en justice,

3° par des époux majeurs, sains d'esprit, non muets, n'ayant encouru aucune peine afflictive;

4° Il faut en outre que la femme ait eu jusqu'alors une conduite irréprochable.

L'accusation d'adultère est si grave que le Coran exige de la part de celui qui la formule les preuves les plus convaincantes, en premier lieu la déposition de quatre témoins dignes de foi, et, à défaut, le serment d'anathème, qui n'est admis que quand le mari est seul témoin du délit. Le Coran a d'ailleurs fait de l'anathème un acte religieux entouré de solennité. « Si vos femmes commettent l'action infâme, appelez quatre témoins. Si leurs témoignages se réunissent contre elles, enfermez-les dans des maisons jusqu'à ce que la mort les enlève ou que Dieu leur procure quelque moyen de salut » (1).

Que peut-il donc se produire lorsqu'un mari a accusé sa femme d'adultère? La solution diffère selon que :

1° Il a apporté les preuves testimoniales de l'adultère.

2° Il n'a pas pu le prouver par témoins.

3° Il a été seul témoin de l'acte reproché à sa femme, et le juge lui impose le serment d'anathème.

Reprenons chacun de ces cas.

1° Le mari affirme que sa femme a été surprise par quatre témoins en flagrant délit d'adultère. Les témoins sont dignes

---

(1) *Coran*, chapitre IV, verset 19.

de foi et pleinemant capables de déposer en justice. De plus ils déclarent avoir vu commettre le délit ou l'avoir entendu commettre. Ceci fait, le magistrat condamnera la coupable à une peine correctionnelle sans pouvoir prononcer la dissolution du mariage. Libre au mari trompé de se débarrasser de sa femme par la répudiation.

2° Le mari accusateur n'a pas été personnellement témoin du délit et ne peut pas administrer cette preuve testimoniale. « Ceux, dit le Coran, qui portent des accusations contre des femmes honnêtes sans pouvoir produire quatre témoins, seront punis de 80 coups de fouets, de plus, vous n'admettrez jamais leur témoignage en quoi que ce soit, car ce sont des méchants. (1) »

Un mari ne peut donc impunément accuser à la légère et souiller méchamment l'honneur de la mère de ses enfants.

Dans les deux hypothèses ci-dessus envisagées, ce sont les tribunaux répressifs et non les *mehkémehs* qui seront compétents soit pour condamner la femme adultère par l'application de l'article 236 du code pénal égyptien indigène, soit pour infliger une peine au mari qui accuse faussement sa femme (Arts. 261, 262 et 264 du même code). Nous faisons observer que les règles appliquées par le droit pénal en cette matière diffèrent des règles coraniques, elles ont d'ailleurs été empruntées en grande partie au code pénal français.

3° Le mari ne peut prouver par témoins, mais il affirme avoir vu commettre le délit. « Ceux, dit le Coran, qui accuseront leurs femmes et qui n'auront d'autres témoins à produire qu'eux-mêmes, jureront quatre fois devant Dieu qu'ils disent la vérité et la cinquième fois pour invoquer la malédiction sur eux, s'ils ont menti. On n'infligera aucune

(1) *Coran*, chapitre XXIV, verset 4.

peine à la femme si elle jure quatre fois devant Dieu que son mari a menti et la cinquième fois en invoquant la colère divine sur elle si ce que le mari a avancé est vrai » (1).

Mais il faut que le mari invoque des faits positifs, matériels avant de remplir les formalités de l'anathème. *Khalil* dit : « La loi n'admet ici ni doute, ni probabilité; elle veut que l'on puisse dire : J'ai vu un tel en copulation illicite... j'ai vu cette femme en acte d'adultère... » (2). Ce serment d'anathème doit être prononcé dans un lieu respectable, après une prière suivie d'une exhortation religieuse adressée aux deux époux pour les avertir des conséquences importantes de leur acte et en présence d'un grand nombre de personnes, ou tout au moins de quatre témoins. L'homme et la femme devront dans leur serment faire usage d'une formule sacramentelle renfermant les mots « Je jure que... anathème... colère de Dieu... malédiction... ». La colère divine et la malédiction seront invoquées contre le parjure.

Quelles sont les conséquences de ces serments réciproques ? Le cinquième serment, le plus solennel, prononcé par le mari, produit l'anathème. Si la femme y répond par un cinquième serment d'innocence, que se produit-il ? Selon *Mouradja d'Ohsson* (3) « Le double anathème lancé par les conjoints opère à l'instant même leur séparation, que le magistrat doit toujours confirmer par acte juridique ». Non, la dissolution ne s'opère pas de plein droit et *ipso facto;* c'est le juge qui dissout, qui prononce le divorce, et la preuve, c'est que, jusqu'à décision judiciaire, les époux héritent l'un de l'autre.

En quoi cette dissolution résultant de l'anathème injurieux diffère-t-elle des autres séparations par divorce ou par répu-

---

(1) *Coran*, chapitre XXIV, verset 6-9.
(2) KHALIL, traduction Perron, *op. cit.*, t. III, p. 46.
(3) *Op. cit.*, t. V, p. 226.

diation ? Le double anathème produit une séparation irrévocable et généralement définitive.

Le *hadith* suivant : « Ceux qui prononcent l'anathème ne peuvent pas se réunir de nouveau » a été interprété différemment par les quatre rites. Selon les malékites et les chaféites cette impossibilité de réunion est absolue : les époux ainsi séparés ne pourront jamais se remarier entre eux.

Pour les hanafites la prohibition dure tant que subsiste la cause, c'est-à-dire l'anathème, parce que la doctrine d'*Abou Hanifa* admet qu'il peut être rétracté, tandis que les autres doctrines ne l'admettent pas. Nous préférons la solution hanafite : pourquoi y a-t-il divorce ? Parce que, sur un fait qui touche à l'honneur de la femme, les deux époux sont irréductiblement en contradiction. Si ultérieurement l'un ou l'autre reconnaît avoir fait en justice un faux serment, rien ne s'oppose plus à la reprise des relations conjugales par nouvel acte puisqu'ils sont d'accord.

§ 3. **Divorce pour cause d'impuissance du mari**

Les rites malékite, chaféite, hanbalite, et même certains docteurs hanafites admettent que tout vice rédhibitoire chez l'un des époux de nature à enlever au mariage son but final donne à l'autre le droit d'opter pour le maintien ou pour la dissolution de l'union. *Abou Hanifa* et *Abou Youssouf* moins libéraux sur cette question n'adoptent ce droit d'option qu'en faveur de la femme dont le mari est impuissant et encore ne l'autorisent-ils à demander le divorce pour ce motif que dans des cas strictement limités.

Il faut d'abord qu'elle ait ignoré l'état du mari au moment du contrat. Donc, si elle a été informée avant conclusion du mariage, ou si cette impuissance survient après consom-

mation, le recours au divorce ne lui est pas possible. « Dès qu'il y aura eu relation entre époux, la femme n'a plus rien à prétendre, dit El Teoudi; l'impuissance du mari provenant même de mutilation ou de castration est pour elle un malheur » (1).

Quid lorsque l'impuissance n'est révélée à la femme qu'après célébration ? La voie du divorce ne lui est ouverte que si elle est reconnue vierge au moment de l'action; sa virginité seule fera présumer la non consommation du mariage.

Il est possible que, par pudeur, la femme garde le silence pendant un certain temps sur l'impuissance maritale que le premier contact lui a révélée : elle n'en gardera pas moins son droit d'option, si sa virginité peut être établie.

Si elle opte pour le divorce, comment l'obtiendra-t-elle ? Elle se plaindra au *cadi* qui interrogera le mari sur l'allégation de la demanderesse. Bien entendu, si le mari est mutilé, le magistrat prononcera immédiatement le divorce.

Mais si l'impuissance ne résulte pas d'une mutilation, ou d'une castration, la preuve de l'infirmité devient plus difficile et plus délicate. De deux choses l'une : ou le mari avoue l'état physique invoqué ou il le nie.

Première hypothèse. — S'il avoue son impuissance, le *cadi* lui accordera un délai d'un an afin de ne pas rompre trop vite un mariage qui peut redevenir normal. Ce délai aura pour point de départ la date de la demande en justice. Mais si le mari est malade ou en état de minorité à cette date, le délai ne comptera qu'à partir de la guérison ou de la majorité. Si pendant ce délai la femme s'absente, le délai d'un an sera augmenté du nombre de jours d'absence.

A l'expiration du délai si le mari reconnaît encore son impuissance, le juge le sommera de répudier sa femme; en

---

(1) Clavel, t. I, n° 164.

cas de refus le divorce sera prononcé; mais s'il prétend cette fois être capable d'engendrer, nous nous retrouvons dans la deuxième hypothèse.

Deuxième hypothèse. — Le mari nie l'impuissance, soit lors de l'introduction de l'instance, soit après l'expiration du délai. Il y aura lieu alors de faire établir, par une expertise médico-légale, l'état physique de la femme. Le juge désignera à cet effet deux matrones de confiance qui examineront la demanderesse.

1er cas. La femme est trouvée *saïb* (non vierge). La preuve serait-elle faite que cette absence de virginité existait déjà lors de la conclusion, et résultait d'un accident, la femme sera déboutée néanmoins de sa demande si le mari nie par serment l'impuissance qu'on lui reproche. S'il refuse le serment, l'option est ouverte à la femme.

Si l'expertise a eu lieu après l'expiration du délai d'essai d'un an et que le mari refuse le serment de dénégation, la femme sera invitée dans la même séance à opter pour le maintien du mariage ou pour le divorce.

2me cas. La femme est reconnue vierge. Le mariage est dissous si la femme le requiert dans la séance même; cela suppose que l'examen n'a eu lieu qu'à l'expiration du délai mentionné ci-dessus. Lorsque cette constatation est faite lors de l'instance, c'est-à-dire avant que le délai d'un an n'ait eu lieu et que le mari nie sous serment son impuissance, un délai d'un an lui est accordé (1).

---

(1) Les règles relatives à l'impuissance, exposées ci-dessus, présentent une analogie frappante avec les règles prescrites en droit canonique. Voici, en effet, ce que nous lisons dans le très intéressant ouvrage de A. Esmein : *Le mariage en droit canonique*, t. I, p. 110 : « L'impuissance, l'*impossibilitas cœundi*, survenant après que le mariage a été consommé, ne le dissout pas; si, au contraire, l'impuissance est antérieure au mariage et a rendu impossible l'établissement des relations conjugales, il n'y a pas juridiquement mariage, et la femme peut prendre un nouvel époux. »

A un autre point de vue on attachait comme en droit musulman une grande

Effets de cette séparation. — La séparation prononcée pour cause d'impuissance est *baïn* en ce qu'elle rompt irrévocablement le mariage, mais imparfaite, car les deux conjoints pourront se réunir par un nouveau mariage. Les droits réciproques à la succession sont anéantis.

Si étrange que la chose puisse sembler, l'*edda* est imposée à la femme divorcée pour cause d'impuissance, alors même que la preuve aurait été faite que l'impuissance résulte d'une castration.

C'est une exception à la règle en vertu de laquelle l'*edda* n'est imposée à une femme séparée que lorsque la consommation a eu lieu ou est présumée avoir eu lieu.

---

importance aux déclarations du mari, ce qui mettait la femme dans une situation difficile lorsque son mari impuissant tenait à l'union conjugale. Cet état était pourtant tempéré comme en droit islamique dans certains cas, par exemple lorsque la cause de l'impuissance était matérielle et tangible ou lorsque la femme invoquait l'état de virginité qui, une fois attestée au moyen d'une expertise, tenait en échec toute déclaration mensongère de la part du mari.

Mais tandis que l'impuissance en droit musulman est restée une cause de divorce en faveur de la femme, en droit canonique, elle l'était anciennement; mais elle s'est changée en un empêchement dirimant qui faisait regarder l'union comme nulle si la femme ignorait au moment du mariage l'état du mari. Cette dernière solution est conforme au principe de l'indissolubilité du mariage que le christianisme a fini par faire dominer (voir même ouvrage précité, t. I, p. 235 et suiv.).

CHAPITRE V

De l'« edda » ou retraite de continence

Toutes les législations ont reconnu la nécessité d'imposer à la veuve, à la répudiée, et à la divorcée, un délai plus ou moins long d'observation pendant lequel il lui est interdit de contracter un nouveau mariage. Le but de cette prescription légale est facile à saisir. Si l'on veut éviter toutes contestations ultérieures relatives à la paternité ou à la filiation, il faut s'assurer que la femme lors de la séparation n'est pas enceinte. En général ce délai est basé sur le plus long terme, jusqu'alors observé, de la gestation. Le droit musulman, lui, ne tient pas compte de ce terme extrême de gestation, puisque l'*edda* peut varier en durée selon les cas et atteindre même plusieurs années, il ne tient compte en cas de répudiation ou de divorce, que des menstrues répétées trois fois au moins.

Quelles sont les femmes qui sont soumises à l'*edda* ? Quelle est la durée de l'*edda* ? Quels sont les devoirs et les droits de la femme en état de retraite ? Autant de questions que nous allons examiner successivement.

§ 1. Femmes soumises à l' « edda »

Toute femme séparée de son mari par suite d'une dissolution du mariage, pour quelque cause que ce soit, est soumise à la retraite dont la durée est variable. Cette séparation peut se produire par prédécès du mari ou du vivant des époux.

1° *Edda viduaire.* — La veuve y est donc astreinte alors même que le mariage n'a certainement pas pu être consommé et que par conséquent aucune confusion de part n'est à craindre. Nous avons cru devoir citer en premier lieu la veuve, car c'est la seule pour laquelle la consommation réelle ou présumée du mariage n'est pas prise en considération. « L'*edda* de décès lui est imposée, dit *Ibn Salamoune*, comme un honneur à la religion musulmane et un regret pour le défunt » (1). Point n'est donc besoin pour elle que l'union ait eu lieu ; c'est une retraite de recueillement qu'on lui impose en fait.

2° *Edda répudiaire.* — L'*edda* est imposé également à toute femme dont le mariage réellement consommé ou réputé consommé a été dissous du vivant des époux.

Nous avons dit que toute cohabitation des époux entraîne présomption légale de consommation, que le mariage soit valable ou nul, tandis que l'entrevue privée n'entraîne cette présomption de consommation que si le mariage est valable.

Il s'ensuit qu'une femme valablement mariée sera tenue de l'*edda*, qu'il y ait eu, avant dissolution, cohabitation ou simplement entrevue avec son mari. Tandis que la femme, dont le mariage est entaché de nullité sera libre d'*edda* si, avant séparation, elle n'a eu avec son mari qu'une entrevue privée.

---

(1) Clavel, *op. cit.*, t. I, n° 366.

En somme l'entrevue privée, que nous avons définie dans le chapitre relatif à la dot fait légalement présumer la consommation et par conséquent fait craindre la confusion de part, seulement quand les époux sont légitimement mariés, et alors même qu'ils déclareraient n'avoir eu aucun rapport sexuel.

Nous ne nous expliquons pas cette différence de résultat de l'entrevue privée qui lie une femme légitimement épousée et répudiée et ne lie pas la femme illégitimement épousée et séparée; pourquoi la confusion de part n'est-elle redoutée que dans le premier cas? Est-ce pour compenser la perte de tout droit dotal que subit la femme illégitimement mariée, qu'on l'affranchit ainsi de la servitude de retraite ?

La séparation des époux entraînant retraite de continence peut avoir pour cause : une répudiation quelconque, *radjii*, *baïn* parfaite ou imparfaite, un *khole*, une décision judiciaire basée sur l'impuissance du mari ou sur tout autre motif légal.

§ 2. **Durée de l' « edda »**

En principe une femme qui est entrée dans *l'edda* n'en sort qu'après avoir eu au moins trois *qorou* c'est-à-dire trois flux menstruels en supposant bien entendu que son âge lui permette d'être réglée.

Comment se supputent ces trois *qorou*? D'après les hanafites, si l'*edda* commence dans une période de menstruation la période qui s'écoule entre cette date et les prochaines règles ne compte pas comme un des *qorou*; il faudra que trois autres règles suivent après cette période.

Les autres rites interprétant différemment le mot *qorou* qui d'après eux signifie pureté, se contentent de deux règles

consécutives lorsque la séparation coïncide avec la période où la femme a ses menstrues (1).

L'intervalle qui sépare deux règles consécutives varie selon l'âge de la femme, sa constitution, son état de santé etc. Le minimum est de quinze jours. Il y a controverse entre les rites au sujet du maximum qui selon quelques jurisconsultes peut atteindre un chiffre que contredit la médecine.

De deux choses l'une, ou la femme qui entre en *edda* est enceinte, ou elle ne l'est pas :

a) **La femme entrée dans l'edda est enceinte.** — C'est l'accouchement qui mettra fin à son *edda* viduaire ou répudiaire. Aurait-il lieu le lendemain de la mort de son mari ou de la répudiation ou du jugement de divorce, la veuve ou la répudiée n'en serait pas moins affranchie de la retraite de continence et pourrait légitimement convoler en seconde noce avec un autre.

Quid si elle avorte ? Lorsque le fœtus est formé et reconnaissable l'avortement vaut accouchement. Dans le cas contraire « la retraite ne sera pas accomplie » dit l'article 316, S.P.E., ce qui signifie que la retraite ordinaire sera imposée.

Voilà encore une solution peu justifiable ; pourquoi imposer un délai d'observation à une femme qui vient d'avorter alors qu'on en libère l'accouchée ? Le Coran se contente de recommander « pour les femmes grosses, attendez qu'elles aient accouché » (2).

b) **La femme entrée dans l'edda n'est pas enceinte.** — Dans ce cas il faut envisager séparément l'hypothèse du prédécès du mari et celle d'une séparation quelconque du vivant des époux.

---

(1) Sidi Khalil, traduction Fagnan, *op. cit.*, p. 177.
(2) *Coran*, chapitre LXV, verset 4.

Première hypothèse. — Lorsqu'un mari meurt laissant une femme non enceinte, la loi fixe à quatre mois et dix jours la durée de la retraite viduaire, quel que soit l'âge de la veuve, qu'elle soit réglée, ou non, et que le mariage ait été consommé ou non : « Si ceux qui meurent laissent des femmes, dit le Coran, celles-ci devront attendre quatre mois et dix jours » (1).

Il est possible que le mari meure alors que sa femme accomplit une retraite répudiaire; devra-t-elle cumuler les deux retraites ? Il y a lieu de distinguer entre la répudiation *radjii* et la répudiation *baïn*.

Si la répudiation est *radjii*, la retraite répudiaire est annulée et la femme devra recommencer la retraite viduaire, c'est-à-dire celle de quatre mois et dix jours à partir du décès du mari. Cette règle se justifie par la persistance des liens conjugaux malgré la répudiation *radjii*. Ici la solution est la même, soit que la répudiation ait eu lieu le mari étant en bonne santé ou dans sa dernière maladie. (Art. 318 S. P. E.)

Si la répudiation est *baïn* il faut faire une sous-distinction suivant que le mari a répudié sa femme pour l'éloigner de sa succession ou qu'il n'avait pas cette intention au moment de la répudiation.

Dans le premier cas, la femme sera tenue d'accomplir la plus longue des deux retraites : répudiaire ou viduaire, c'est-à-dire qu'elle doit avoir trois menstrues depuis sa répudiation dans un délai qui ne doit pas expirer avant quatre mois et dix jours à compter du décès du mari.

Dans le second cas, c'est-à-dire lorsque la répudiation n'a pas eu lieu de la part du mari dans un but malveillant comme par exemple s'il y a été contraint ou encore si la

(1) *Coran*, chapitre II, verset 234.

maladie lui est survenue après la répudiation, la femme accomplit son *edda* suivant les époques menstruelles sans pouvoir toutefois dépasser quatre mois et dix jours à compter du décès du mari. (V. art. 319 S. P. E.)

Le législateur a voulu être bienveillant envers la femme injustement répudiée, aussi lui a-t-il ouvert la vocation à la succession pour le plus long temps possible.

Deuxième hypothèse. — Lorsqu'une femme non enceinte est séparée de son mari par répudiation, divorce ou dissolution judiciaire quelconque, la durée de l'*edda* variera selon que la femme :

1° n'a pas encore ou n'a plus ses règles,

2° est règlée, ou

3° n'aura qu'une fois ses menstrues.

1° *La femme n'a pas ses règles après séparation.* L'absence de menstrues peut résulter de ce que la femme, trop jeune, n'est pas encore réglée, ou de ce que, ayant dépassé l'âge critique, elle ne l'est plus ou bien encore de ce qu'elle est mal conformée. Ici la fin de la retraite ne peut pas coïncider avec le troisième flux, aussi le législateur a-t-il décidé que, dans l'hypothèse qui nous occupe, l'*edda* serait de trois mois lunaires, ou de quatre vingt dix jours selon les cas : « Si la retraite, dit l'article 312, commence le premier jour d'un mois (lunaire), les trois mois compteront par l'apparition de la lune, quand même le nombre des jours d'un mois lunaire serait inférieur à trente (1); si elle commence dans le courant du mois le délai cessera à l'expiration de 90 jours. » C'est la période lunaire qui se substitue à la période menstruelle.

Si la jeune fille,ainsi entrée dans l'*edda* lunaire, voit apparaître ses premières règles, ou bien encore si la menstruation

(1) Les mois lunaires ou arabes sont consécutivement de 30 et de 29 jours, l'année de l'*Hégire* a 11 jours de moins que l'année solaire de l'ère chrétienne.

reparaît dans les mêmes conditions chez la femme âgée, la période écoulée de l'*edda* est perdue pour chacune d'elles, et elles sont soumises aux prescriptions relatives à l'*edda* des femmes normalement réglées.

2° *La femme est normalement réglée.* Lorsque la femme qui entre en *edda* est normalement réglée, elle doit subir trois *qorou* successifs avant d'être libérée de la retraite : « Les femmes répudiées, dit le Coran, laisseront écouler le temps de trois menstrues avant de se remarier » (1). Nous avons expliqué plus haut comment se computent ces trois *qorou* selon que la séparation se produit au moment des règles ou entre deux flux.

3° *La femme après séparation n'a eu ses règles qu'une seule fois.* Si la femme séparée a déjà eu ses règles une fois depuis son entrée en *edda* et que, pour une cause quelconque, elle attende leur réapparition pendant un an au moins, elle devra subir une retraite prolongée jusqu'à l'expiration de trois mois après l'âge critique fixée à 55 ans, à moins que les règles ne réapparaissent avant cet âge (Art. 314 S. P. E.).

Cette disposition est, à notre avis, particulièrement injuste. Elle condamne en effet un mari à entretenir pendant des années une femme dont il s'est séparé, et cela simplement parce qu'il a plu à la nature de suspendre certaines fonctions physiologiques chez sa femme, ou ce qui est plus fréquent, parce que la femme s'est gardée de révéler le retour de ses règles afin de bénéficier le plus long temps possible de la pension alimentaire. Comme le rite hanafite ne permet de recourir à aucune investigation en vue de s'assurer que la femme n'a réellement plus ses règles, il s'ensuivait (car la loi de 1920 y a mis un terme) que les femmes répudiées ne manquaient pas d'invoquer cette suspension anormale de leurs

(1) *Coran*, chapitre II, verset 228.

menstrues et qu'elles faisaient durer l'*edda* jusqu'au moment où elles trouvaient un second mari.

L'article 315 du S. P. E. envisage encore une autre hypothèse : la femme, durant l'*edda*, a eu une menstruation continuelle, ou si fréquente, qu'elle ne puisse définir ses périodes normales. Elle devra alors subir l'*edda* conformément aux époques de ses règles dans le passé. Si la femme ne s'en souvient plus, elle devra attendre, pour se remarier, qu'il se soit écoulé sept mois depuis la séparation.

§ 3. **Des devoirs et des droits de la femme en « edda »**

La femme en retraite de continence est tenue avant tout d'accomplir sa retraite viduaire ou répudiaire dans le domicile conjugal ; le mari n'a pas le droit de l'en faire sortir.

Si elle était absente du domicile conjugal au moment de la séparation, elle devra le réintégrer immédiatement.

Il y a cependant des cas qui permettent à la femme de quitter le domicile conjugal pour accomplir l'*edda* ailleurs :

1° Si son ex-mari commet l'indélicatesse de la chasser du domicile commun ;

2° Si, à défaut de paiement du loyer, la femme est expulsée de son propre logement ;

3° Si la maison de son mari s'écroule, ou menace ruine, ou est vendue ou expropriée ;

4° Si la maison se trouve dans un quartier mal famé ;

5° Si la femme est seule dans la maison.

C'est à titre d'exemple que nous énumérons ces cas. Le texte de l'article 322 du S. P. E. laisse au juge toute latitude pour apprécier les circonstances qui peuvent, dans les limites du dit article, autoriser la femme à abandonner le domicile conjugal.

En pratique la veuve accomplit l'*edda* dans la localité que lui a fixée son mari. La répudiée ne sort de sa demeure qu'en cas de nécessité. La veuve peut sortir pour se procurer les choses nécessaires, mais elle ne doit pas passer la nuit hors de la maison. (Art. 322 S. P. E.).

Tels sont les devoirs de la femme en état de retraite : examinons maintenant ses droits. Remarquons d'abord que la veuve, enceinte ou non, n'a aucun droit à l'entretien ; est-ce parce qu'elle est héritière de celui qui était tenu de l'entretien ?

En principe toutes les fois que l'union a été dissoute, soit par le fait de la volonté maritale, soit par consentement mutuel, soit par jugement, la *nafaqa* sera due pendant l'*edda*. Si cependant cette dissolution a été causée par une faute imputable à la femme, ses droits seront irrévocablement perdus, alors même que l'union reprendrait ensuite son cours.

Quelles sont les fautes de la femme qui peuvent motiver une dissolution et entraîner de ce fait déchéance de son droit à l'entretien ?

1° Son apostasie après consommation réelle ou présumée du mariage ;

2° Des relations illicites et volontaires avec le fils ou le père de son mari. Elle aura cependant, dit l'article 326 du S. P. E. dans ce cas, droit à l'habitation si elle ne la quitte pas pendant la retraite ;

3° Sa désobéissance ou son abandon du domicile conjugal.

Si, pendant la retraite, la femme apostate revient à la foi musulmane, elle n'en recouvrera pas pour cela son droit à l'entretien ; tandis que si la répudiée pour cause de désobéissance rentre au domicile de son mari elle pourra réclamer la *nafaqa*.

Il va sans dire que, si la femme en *edda* abandonne sans

motif le domicile conjugal, elle perd *ipso facto* son droit aux frais d'entretien.

Un mariage radicalement nul ne pouvant produire aucun effet, il en résulte que l'entretien ne sera dû qu'autant que le mariage est valable.

QUATRIÈME PARTIE

Loi n° 25 du 12 juillet 1920

A quelque chose malheur est bon : la grande guerre, dont les plaies ne sont pas près d'être pansées, qui a coûté tant de vies humaines et causé tant de désolations, a eu par contre l'avantage moral de secouer la torpeur des législateurs. Dans tous les pays, les Parlements ou autorités investies du droit de faire des lois ont été et sont encore pris d'une véritable frénésie de législation. C'est que le cataclysme épouvantable qui pendant quatre ans a bouleversé le monde entier n'a pas eu que des conséquences d'ordre politique ou économique ; il a eu aussi une influence heureuse sur les esprits qu'il a rendus plus avides de bien-être et d'indépendance. Il faut remonter à la Révolution Française pour trouver un mouvement générateur d'idées nouvelles qui puisse lui être comparé.

Le monde musulman ne pouvait pas ne pas subir lui aussi l'influence bienfaisante de cette vague de réforme qui submergeait les autres peuples. Ses législateurs se sont mis à l'œuvre, eux aussi, et c'est particulièrement vers l'amélio-

ration du sort de la femme qu'ils ont tout d'abord dirigé leurs efforts.

Presque en même temps l'Egypte et la Turquie (1), qui cependant, n'ont eu pendant la guerre aucune espèce de relations, ont projeté de refondre leurs codes de statut personnel. Nous avons le regret d'avoir à constater que dans cette commune entreprise le Caire, centre religieux le plus important du monde musulman, s'est laissé devancer par Constantinople, puisque le nouveau Code de statut personnel ottoman a été promulgué le 12 octobre 1917, tandis que le nouveau Code égyptien est encore à l'état de projet.

Feu le Sultan Hussein Ier que l'affection toute paternelle qu'il avait vouée à son peuple a fait surnommer « le père du fellah », résolut, aussitôt monté sur le trône (fin 1914), d'amender le Code de statut personnel égyptien.

Emu des plaintes sans nombre, et, hélas (2) trop souvent justifiées, qu'entraînait l'application trop rigide de certaines règles hanafites relatives au statut personnel, il nomma une Commission présidée par le Ministre de la Justice, à l'effet de remanier le Code en empruntant aux autres rites les dis-

---

(1) Bien que l'avant-projet du code algérien de M. Morand, n'ait paru qu'en 1916, on s'y était pourtant préparé depuis assez longtemps. Le 22 mars 1905, en effet, un arrêté du Gouverneur général d'Algérie institua une commission pour la codification du droit musulman. M. Arthur Girault, dans son ouvrage : *Principes de colonisation et de législation coloniale*, 4e édit., p. 324, dit, en ce qui concerne le travail précieux de M. Morand : « Bien que n'ayant pas été officiellement promulgué, le code Morand, comme on le nomme couramment, a acquis bientôt une autorité morale incontestée et constitue la source à laquelle se réfèrent en Algérie les tribunaux chargés d'appliquer le droit musulman. »

(2) Le Conseiller judiciaire, dans son rapport de 1915, p. 13, en parlant du travail dont fut chargée la commission, dit : « Il serait superflu d'insister longuement sur l'utilité d'un pareil travail de codification qui épargnerait aux justiciables et aux juges la peine de rechercher dans les divers commentaires, pas toujours facilement accessibles, la solution des espèces qu'ils plaident et jugent, coordonnerait les dispositions d'après une méthode logique, et remédierait aux inconvénients résultant de l'application stricte de certaines dispositions rigoureuses du présent rite officiel. »

positions les plus propres à remédier aux inconvénients dont souffrait la population.

Les membres de ladite commission furent choisis parmi les *ulémas* les plus éminents de l'Université *d'Al Azhar* (1) et représentant chacun des quatre rites.

Quand elle eut terminé ses travaux et avant de soumettre son projet à l'approbation du Souverain, elle estima qu'il convenait de consulter les praticiens, magistrats et avocats, sur les changements qu'elle proposait, changements qui pouvaient froisser des convictions religieuses.

En présence des critiques violentes formulées sur son projet à la suite de cette consultation et du grand nombre de suggestions qu'on lui soumit, la commission recula devant l'énormité de la tâche nouvelle qui s'imposait à elle, de concilier des opinions contradictoires et de satisfaire tous les desiderata.

D'ailleurs les événements politiques dont la vallée du Nil a été le théâtre à cette époque n'étaient pas de nature à alléger cette lourde tâche : la voix de l'Assemblée législative, seul corps représentant de la population, devait, sur cette importante question, être entendue ne fut-ce qu'à titre consultatif, puisque ce corps n'a de législatif que le nom ; or, depuis le début de la guerre, les travaux de cette assemblée sont suspendus par la nation occupante.

La mort prématurée de notre regretté Sultan Hussein appela sur le trône, pour lui succéder, notre Auguste Souverain actuel Sa Majesté Fouad I^er^. Sans perdre de temps et avec la même ardeur, il reprit le projet de son prédécesseur.

Il invita de nouveau la commission à reprendre son travail qu'elle eut la bonne inspiration, cette fois, de limiter

---

(1) Fameuse école de théologie se trouvant au Caire et comptant plus de dix mille étudiants de tous les pays musulmans.

aux réformes les plus urgentes. Le projet de refonte de code fut donc abandonné (momentanément, nous l'espérons du moins).

De toutes les dispositions du code qui nécessitaient des modifications plus ou moins profondes, elle fit une sélection et résolut de consacrer ses travaux à l'amélioration des règles qui donnaient lieu aux plus nombreuses et aux plus vives protestations.

De ces travaux est sortie la loi n° 25 promulguée le 12 juillet 1920, loi imparfaite comme toutes les lois humaines, mais dont les effets bienfaisants se sont déjà fait sentir dans tout le pays.

Espérons que l'Égypte ne s'arrêtera pas en si bon chemin, et que, quand les circonstances politiques le permettront, les autres réformes législatives que le pays attend pourront enfin s'accomplir. Ce qui a été possible en Turquie doit l'être en Égypte.

Cette loi comprend 13 articles (1). Nous en donnerons le texte au fur et à mesure qu'ils seront commentés. La loi en question est divisée en quatre chapitres intitulés :

1° de la pension alimentaire ;

2° des maris disparus (*mafkoud*) ;

3° de la séparation pour cause de maladie ;

4° dispositions diverses dont le principal objet est l'effet rétroactif de la loi.

---

(1) Le projet comptait 15 articles dont deux, 9 et 10, ainsi que nous le dirons plus loin, ont été supprimés, et leurs numéros ont été donnés aux articles subséquents.

CHAPITRE I

De la pension alimentaire

La loi a traité sous ce titre « de la pension alimentaire » de l'entretien de la femme pendant l'*edda* et du défaut de paiement de la pension alimentaire; nous allons les étudier successivement.

§ 1. Droit de la femme à la pension alimentaire

L'article premier de la loi de 1920 statue sur la pension alimentaire due pendant le mariage et les articles 2 et 3 sur celle à laquelle a droit la femme en état de retraite de continence.

De la nafaqa durant le mariage. — Dès la conclusion du mariage, disait l'ancien article 160 du S. P. E., l'époux musulman a l'obligation d'entretenir sa femme, c'est-à-dire de la nourrir, de l'habiller et de la loger, à moins qu'elle ne soit trop jeune pour que la consommation puisse être présumée possible, « pourvu qu'elle soit en état de satisfaire aux besoins conjugaux ou de se faire désirer ».

De plus en vertu de l'ancien article 198 « les frais d'entre-

tien ne constituent une créance que lorsqu'ils sont fixés par une décision judiciaire ou déterminés d'un commun accord entre les époux ». Conséquence : une *nafaqa* non déterminée conventionnellement, ou non imposée par un jugement n'était pas due. Un mari peu scrupuleux pouvait donc à l'abri de la loi retarder de parti pris cet accord avec sa femme sur le chiffre de la pension, ou en cas de poursuite s'enfuir dans le maquis de la procédure pour éloigner le plus possible dans le temps la décision le déclarant débiteur. En attendant cette décision, la malheureuse femme devait vivre de ses propres deniers, ou bien emprunter pour se procurer de quoi s'entretenir.

Cette somme avancée ou empruntée par elle, pouvait-elle au moins espérer se la faire rembourser intégralement par son mari récalcitrant ? Non, car selon l'article 200 du S. P. E. « elle ne sera pas recevable à se faire rembourser par son mari présent ou absent, « *si elle a laissé écouler un mois entier sans la réclamer* ». Elle ne pouvait après fixation exiger que le remboursement d'un mois au maximum ; la différence, elle la supportait : c'était la sanction, un peu sévère, de son ignorance des règles de la procédure et des délais de la prescription.

A cette double injustice venait s'en ajouter une troisième : « La mort du mari ou de la femme entraîne déchéance de tous les droits de celle-ci sur le montant de l'arriéré de la pension » (Art. 201 S. P. E.).

Ainsi, non seulement le mari pouvait de son vivant, par sa mauvaise volonté, laisser sa compagne dans le dénûment pendant des mois et enfin de compte n'être tenu que d'un mois d'arriéré ; mais par sa mort il pouvait encore lui enlever tout espoir de toucher quoi que ce soit de ce qu'elle n'aurait pas recouvré de la pension alimentaire. Pas de crédit entre époux !

C'était condamner la femme à harceler sans cesse son mari au sujet de la pension et à le traiter plutôt en débiteur qu'en époux.

Les hanafites essayent de justifier ou du moins d'expliquer ces conséquences préjudiciables aux intérêts de la femme en disant qu'une *nafaqa* non consentie ou non imposée judiciairement n'est qu'une libéralité, une faveur qui ne peut créer aucun droit chez la bénéficiaire. Libre à celle-ci de transformer cette charité en dette en empruntant la voie judiciaire ; le jugement peut se faire attendre deux mois, elle ne touchera malgré cela qu'un mois d'arriéré.

Les malékites et les chaféites voient dans la *nafaqa* une dette née de l'union conjugale, et qu'elle soit ou non établie, le mari en est tenu pendant sa vie ; de plus elle ne s'éteint que par la volonté de la créancière lorsqu'elle en fait remise ou par le paiement.

C'est ce principe beaucoup plus libéral que la loi de 1920 a adopté par son article premier.

« La pension alimentaire due par le mari à sa femme, qu'elle se soit effectivement donnée à lui ou qu'elle soit légalement présumée s'être donnée à lui, est considérée comme une dette à la charge du mari, à partir du moment où celui-ci s'abstient de payer la pension due, sans que le droit à cette pension soit subordonné à sa reconnaissance par la justice ou à un accord entre les parties. Ce droit ne s'éteindra que par voie de paiement ou de remise de dette ».

Désormais la femme n'aura plus droit à la *nafaqa* dès conclusion, mais aussitôt consommation effective ou présumée ; mais, ce qui est très important, c'est que cette consommation ouvrira à la femme son droit à l'entretien alors même que le quantum de sa créance n'aura pas été fixé, sans qu'elle soit tenue d'attendre la fixation amiable ou judiciaire. Le mariage est un contrat synallagmatique : en

obéissant à son mari, c'est-à-dire, en se donnant à lui, la femme exécute une de ses obligations essentielles, elle a donc le droit d'exiger de son co-contractant l'exécution de la sienne, le paiement de la pension alimentaire, sans que celui-ci puisse lui opposer la non fixation de l'étendue de sa dette, la fixation devant se faire ultérieurement. Toutes avances faites par la femme pour s'entretenir lui seront intégralement remboursées, même après la mort de son mari, puisque son droit ne s'éteint que par paiement ou par remise. Comme tout créancier, elle n'aura donc plus à craindre maintenant que l'insolvabilité de son débiteur.

Un mari, n'ayant plus aucun avantage à esquiver d'abord l'accord en vue de déterminer la *nafaqa* et ensuite les paiements successifs de cette *nafaqa*, sera dorénavant plus exact dans l'accomplissement de ses devoirs de chef de famille : les ménages y gagneront en tranquillité et les prétoirs de nos *mehkémehs* retentiront moins souvent des lamentations des femmes réclamant de leurs maris récalcitrants la pension à laquelle elles ont droit.

§ 2. **Entretien pendant l' « edda »**

Rappelons en quelques mots que la pension alimentaire est due à toute femme séparée qui accomplit l'*edda*, et que, dans le rite hanafite, cette retraite de continence peut durer jusqu'à l'âge de cinquante cinq ans quand l'intéressée répudiée ou divorcée prétend sous serment n'avoir eu ses règles qu'une fois depuis la séparation.

Qui ne voit les abus que peut engendrer une telle prétention qu'il est impossible au juge de contrôler et au mari de réfuter ? Et en fait les femmes ne manquaient pas d'invoquer cette disposition de la loi pour continuer à percevoir une

pension qu'elles ne méritaient pas. Quand le mari n'avait pas les moyens de se payer le luxe d'entretenir pendant X années une femme dont il ne voulait plus, il en était réduit à la reprendre malgré lui en supposant qu'il ne l'eût pas répudiée trois fois.

On se demande sur quoi s'est basé le législateur hanafite pour tolérer une prétention que la science, même à l'époque de l'*Iman Al Azam*, ne pouvait pas admettre. Nous ne ferons pas aux docteurs hanafites l'injure de croire qu'ils craignent une gestation de quarante ans !

En donnant au serment de la femme, en cette occurence, la valeur d'une preuve irréfutable, voulaient-ils garantir la femme contre une répudiation capricieuse ? Obliger le mari à ne répudier qu'après mûre réflexion en lui faisant entrevoir, s'il répudie, la possibilité pour lui d'être tenu d'une obligation continue pendant de longues années ? Si oui ils ne se sont pas aperçus qu'en voulant protéger la femme victime d'un mari capricieux, ils risqueraient de faire du meilleur des maris la victime d'une femme dont l'inconduite, la désobéissance motivaient peut-être la séparation.

Si nous redoutons qu'une gestation de plus de neuf mois soit possible pour la répudiée ou la divorcée, pourquoi ne pas l'admettre également au bénéfice de la veuve ? La veuve, avons-nous dit, lorsqu'elle est enceinte au décès de son mari, sort de l'*edda* à l'accouchement; et dans le cas contraire au bout de quatre mois et dix jours sans tenir aucun compte de ses menstruations.

Nous devons à la vérité de dire que tous les docteurs hanafites sont loin d'être unanimes sur l'application de la règle que nous critiquons. Certains fixent l'*edda* à neuf mois c'est-à-dire au délai normal de gestation (1).

---

(1) Zeid Bey, *op. cit.*, t. I, p. 434.

C'est cette période de neuf mois que le code ottoman a d'ailleurs adoptée dans son article 140 : il la considère comme délai maximum puisqu'il ne l'applique que si la femme déclare n'avoir pas eu ses règles (1). Aujourd'hui un mari ottoman ne peut donc être tenu d'une *nafaqa* pendant plus de neuf mois après séparation.

Le législateur de 1920 a estimé qu'il fallait mettre un terme à l'état de chose que créait trop souvent l'application de l'article 328 paragraphe 2 du code de S. P. E., et pour ce faire il a commencé par édicter que :

Article 2 : « La pension due à la femme divorcée est une dette à la charge du mari à partir du jour du divorce dans les mêmes conditions que celles prévues à l'article précédent ». C'est aux doctrines malékite et chaféite que nous devons cette disposition.

Donc tout ce que nous avons dit au sujet des droits à la pension alimentaire tels qu'ils sont établis par l'article premier au bénéfice de la femme mariée doit s'appliquer également à la femme répudiée ou divorcée.

C'est l'article 3 de la loi qui statue sur le cas de la femme séparée et dont les menstrues tardent à se produire :

« L'*edda* en ce qui concerne la pension alimentaire sera d'un an pour la femme qui n'allaite pas, si pendant ce délai elle n'a pas eu ses menstrues. Si elle prétend qu'elle les a eues, le délai sera prorogé d'un an à moins qu'elle n'ait de nouveau ses menstrues avant l'expiration de la dite année. L'apparition chez la femme des menstrues au cours de la troisième année mettra fin à l'*edda*. Si la femme n'a pas eu ses menstrues au cours de cette troisième année, l'*edda* ne cesse qu'à l'expiration de ladite année.

« Si la menstruation survient pendant l'allaitement, l'*edda*

(1) Conférence de M. Ahmed Safoit sur l'*Organisation judiciaire en Palestine*, p. 36.

sera calculé d'après *Al Aqraa* (1) (les époques). A la fin de l'allaitement l'*edda* sera calculé d'après les règles formulées au présent article, si la femme n'a pas eu ses menstrues pendant l'allaitement.

« Toute action tendant à établir, dans les deux cas précédents, que la menstruation de la femme se produit à plus d'un an d'intervalle, ne sera pas recevable ».

La loi fait pour la première fois une distinction entre la femme qui n'allaite pas et celle qui nourrit au sein.

a) La femme n'allaite pas. — Un an après la séparation, le mari qui veut être libéré de la *nafaqa* cite sa créancière devant le tribunal. Interrogée par le *cadi* la femme déclare qu'elle n'a pas eu ses règles du tout : par jugement l'*edda* prendra fin et le mari ne devra dorénavant plus nourrir, habiller et loger son ex-femme. Si elle affirme n'avoir eu ses menstrues qu'une seule fois dans l'année, le juge prorogera le délai d'un an. Si elle déclare avoir eu ses règles pendant cette deuxième année le juge prorogera encore le délai d'un. Dans le courant de cette troisième année d'observation, l'apparition du troisième flux mettra fin *ipso facto* à l'*edda*.

Si ce troisième flux ne se produit pas, ou si la femme affirme qu'il ne s'est pas produit, l'*edda* finira à la fin de la troisième année.

Autrefois le retard, ou prétendu retard des règles prolongeait démesurément l'*edda* ; maintenant c'est en invoquant la lenteur des apparitions que la femme peut exploiter son ex-mari, mais pendant trois ans seulement. Il y a progrès ! Nous ne cacherons pas que nous préférons la solution ottomane, solution qu'admettent déjà, nous l'avons dit, certains hanafites.

b) La femme a un enfant qu'elle allaite. — Bien entendu

---

(1) *Aqraa* et *qorou* sont deux pluriels de *qaraa* (c'est-à-dire des règles).

si pendant l'allaitement elle a ou déclare avoir eu ses trois *qorou* réglementaires, l'*edda* prendra fin au troisième flux. Mais si elle affirme n'avoir pas eu ses trois menstrues, l'*edda* ne commencera qu'après sevrage et se terminera au plus tard trois ans après si le système de ses flux, à l'en croire, ne s'accélère pas.

Le dernier paragraphe par lequel se termine l'article 3 fixe légalement la cadence la plus lente des époques ; l'année devient alors la période intermenstruelle maxima ; nous avons vu que les hanafites admettent la période minima de quinze jours.

Nous avons le ferme espoir que l'article 3 inspiré de la doctrine malékite aura les effets les plus bienfaisants sur la régularisation des troubles physiques des répudiées ou divorcées.

La loi n'a pas parlé de la veuve, puisqu'elle n'a pas droit à l'entretien.

§ 3. **Du défaut de paiement de la « nafaqa »**

En attribuant à la pension alimentaire le caractère d'une dette que le paiement seul peut éteindre, l'article premier garantit la femme mariée et l'article 2 la femme séparée contre la mauvaise foi du mari. Un homme marié ou séparé sait maintenant qu'il ne peut plus esquiver le premier de ses devoirs.

Mais cette protection de la loi serait illusoire si le droit de la femme créancière n'était sanctionné que par les voies ordinaires d'exécution : « Là où il n'y a rien le roi perd ses droits » et ce n'est pas l'emprisonnement d'un mari sans ressources qui remédiera au dénûment de la femme. Il fallait donc compléter les généreuses dispositions de l'article

premier en donnant à la victime le moyen de rompre son union avec un individu qui ne peut pas ou qui ne veut pas l'entretenir.

L'article 4 de la loi de 1920 a comblé une lacune du rite hanafite appliqué en Egypte en permettant à la femme, et comme dernière ressource, de faire rompre son mariage lorsqu'il y a insolvabilité du débiteur.

C'est encore au rite malékite que cette solution a été empruntée.

L'article 4 laisse subsister, en cette matière, les dispositions de l'article 343 du Réglement de réorganisation des *Mehkémehs* que nous avons déjà expliqué. La contrainte par corps est donc maintenue et sera utile lorsque le mari a des biens suffisants pour répondre de sa dette et que le juge estimera que la crainte de cette sanction aura raison de l'obstination du mari aisé et récalcitrant.

En vertu de l'article 4 : « Dans le cas de refus du mari de payer la pension alimentaire, le jugement allouant cette pension sera exécuté sur ses biens apparents, et si, sans soulever la question de solvabilité ou d'insolvabilité, il se borne à persister dans son refus de payer la pension, le *cadi* prononcera immédiatement le divorce. S'il prétend être insolvable sans pouvoir en apporter la preuve, le *cadi* prononcera immédiatement le divorce. Mais si le mari apporte la preuve de son insolvabilité, le *cadi* lui accordera un délai ne dépassant pas un mois, durant lequel il devra subvenir à l'entretien de sa femme. Faute par lui de s'exécuter, le *cadi* prononcera le divorce ».

L'article 4 vient donc ajouter une cause supplémentaire aux trois cas que nous avons cités comme pouvant motiver un divorce judiciaire ; une clé de plus entre les mains de la femme malheureuse en ménage, pour l'affranchir du joug matrimonial.

Aujourd'hui la femme qui ne reçoit pas sa *nafaqa* peut selon les circonstances user de trois armes : exproprier les biens du mari, le faire arrêter ou demander le divorce. Cette dernière sanction que Clavel déduisait faussement par argument *a contrario* de l'article 177, il a fallu la loi nº 25 de 1920 pour l'admettre.

L'article 5 statue sur le cas où le mari qui ne pourvoit pas à l'entretien de son épouse, est absent :

« Lorsque le mari est absent et se trouve dans un endroit peu éloigné, sans qu'il ait laissé à sa femme de quoi subvenir à son entretien, le jugement allouant la pension sera exécuté sur ses biens apparents. S'il n'a pas de biens apparents, le *cadi* l'avertira par les voies habituelles et lui impartira un délai. Si le mari ne paye pas la pension alimentaire ou s'il ne se présente pas afin de pourvoir à l'entretien de sa femme, le *cadi* prononcera le divorce à l'expiration du délai fixé ».

« Dans le cas où le mari absent se trouve dans un endroit éloigné ou inconnu, ou s'il est disparu (*mafkoud*), le *cadi* prononcera le divorce, s'il est démontré que le mari n'a pas de biens sur lesquels la femme puisse prélever ses dépenses d'entretien.

« Les dispositions du présent article seront applicables au détenu qui ne subvient pas à l'entretien de sa femme. »

Deux hypothèses sont donc prévues :

1º Le mari est en prison ou dans un lieu connu et peu éloigné ;

2º Il est soit disparu ; soit dans un endroit inconnu, soit dans un lieu connu mais éloigné.

Première hypothèse. — Lorsque la femme, dont le mari est détenu ou dans un endroit peu éloigné, veut obtenir la *nafaqa* qu'il ne lui a pas assurée, elle doit s'adresser au magistrat. Si le mari absent a laissé des biens apparents et

saisissables, le *cadi* rendra un jugement de *nafaqa* permettant à la demanderesse de l'exécuter sur les biens du débiteur.

Si le mari n'a laissé aucun bien apparent, le *cadi* l'invitera si possible à revenir au domicile conjugal ou à fournir dans un délai déterminé la *nafaqa* fixée à sa femme. Faute de se présenter ou de payer, le divorce sera encouru.

Quel sera ce délai? La loi ne le dit pas. Mais comme il n'y a aucune raison de favoriser l'absent, c'est le délai maximum d'un mois, celui qui est imparti au mari présent et prétendu insolvable (art. 4) qui sera le délai limite.

Il va sans dire qu'à l'expiration de ce délai le juge ne prononcera la séparation que si la femme persiste dans son action en divorce : le divorce ne pourra être encouru d'office.

Deuxième hypothèse. — Le mari habite très loin, ou bien il est disparu, ou encore on ne sait pas où il est.

Ici encore l'existence de biens apparents entraînera jugement de *nafaqa* et saisie de ces biens. Point de divorce tout le temps que la subsistance de la femme est assurée par ce moyen.

S'il est prouvé que rien ne peut être saisi, la demande en divorce sera recevable. On remarquera que l'article 5 ne distingue pas le cas où le mari donne de ses nouvelles de celui où, n'en donnant pas, il est considéré comme *mafkoud* (disparu). Il suffit qu'il soit difficile de le rejoindre ou de communiquer avec lui.

L'article 5 de la nouvelle loi abroge donc les dispositions suivantes de l'article 190 du code hanafite : « Dans le cas où le mari absent n'aura laissé aucun bien, si la femme établit le mariage, le magistrat pourra lui fixer les frais d'entretien et l'autoriser à emprunter ou à faire des achats à crédit pour le compte du mari absent; mais il ne pourra prononcer le divorce quoique la femme le réclame.

Quelle est la nature du divorce prononcé dans les cas prévus aux articles 4 et 5?

La réponse est donnée par l'article 6 : « Le divorce pour défaut de paiement de la pension alimentaire est considéré comme une répudiation *radjii* (révocable) et le mari aura le droit de reprendre sa femme s'il établit sa solvabilité et se tient prêt à pourvoir à l'entretien de sa femme durant l'*edda*. S'il n'établit pas sa solvabilité et ne se déclare pas prêt à pourvoir à l'entretien de la femme, la *radjaa* (manifestation de la volonté de reprendre sa femme) ne sera pas valable.

La seule raison invoquée par la femme pour faire rompre l'union, c'est le dénûment dans lequel la laisse son mari insolvable présent ou absent. Elle ne formule pas d'autres griefs contre lui, mais « *primum vivere* » elle demande, au juge qu'on lui donne la possibilité de se créer un autre foyer puisqu'actuellement elle ne peut plus espérer aucune aide de son malheureux époux. En décidant que le divorce ainsi obtenu comme remède *in extremis* n'aura pas d'effet irrévocable, l'article 6 laisse entrevoir aux époux l'espoir d'une reprise sans frais et sans formalité de la vie en commun, si le mari revient à meilleure fortune.

La manifestation, même authentique, d'exercice de son droit de retour sera de nul effet si le mari :

1° ne prouve pas judiciairement qu'il a les moyens de l'entretenir et ;

2° ne s'engage pas à le faire : autrement dit, à l'expiration de l'*edda*, la femme, en dépit de la *radjaa*, recouvrera sa liberté pleine et entière.

CHAPITRE II

Des maris disparus

Les articles 7 et 8 sont consacrés exclusivement aux femmes des disparus égyptiens qui ont laissé des biens apparents. Par application de l'article 5 alinéa 2, ces femmes, ainsi que celles dont les maris absents sont ou détenus ou en pays éloigné ou inconnu, n'ont d'autre action que l'action de *nafaqa*.

Par faveur toute spéciale et dans des conditions qu'il détermine, l'article 7 permet le divorce aux femmes de disparus :

1° « La femme du disparu, c'est-à-dire de celui dont on n'aura point eu de nouvelles, pourra, dans le cas où celui-ci a laissé des biens suffisants à son entretien, saisir le *cadi*, en lui indiquant l'endroit où l'on présume que son mari se trouve ou pourrait se trouver.

« Le *cadi* préviendra le ministère de la Justice qui opérera des recherches par tous les moyens possibles. Si dans une période de quatre années à partir de la demande faite auprès du *cadi*, le mari n'est pas de retour, et qu'il n'ait pas donné de ses nouvelles, le *cadi* avertira la femme. Celle-ci

pourra se remarier à l'expiration du délai de l'*eddat al wafa* (délai de continence de la veuve) relatif au premier mariage. »

Les auteurs de la loi ont cru devoir définir le « disparu » : « celui dont on n'aura point eu de nouvelles. » Il suffit que la délaissée n'ait eu de ses nouvelles ni par lui-même, ni par d'autres pour pouvoir réclamer le bénéfice du dit article 7.

Que décide le rite hanafite en cas de disparition du mari ? Le *cadi* ne doit prononcer le divorce que lorsque les contemporains du disparu seront décédés ou que lorsqu'il aura atteint l'âge de 90 ans (Art. 578 S. P. E.) !

On peut donc dire que la femme d'après le rite hanafite n'est pas plus heureuse que la femme française qui ne peut demander la dissolution du mariage en cas d'absence de son mari.

Ainsi un mari hanafite peut non seulement renvoyer sa femme quand il lui plaît, mais s'il lui prend la fantaisie de l'abandonner et de s'abstenir ensuite de lui donner de ses nouvelles, il l'enchaîne à lui pour quarante ou cinquante ans, autant dire pour toujours. Quand le disparu aura atteint cet âge de quatre-vingt-dix ans, ou la femme sera morte ou elle aura perdu depuis longtemps tout espoir de fonder une nouvelle famille. Voilà une règle qui est au moins aussi préjudiciable aux intérêts de la femme que la règle de l'*edda* des répudiées peut l'être à ceux de l'homme. Ici c'est une présomption de grossesse vieille de quarante ans, et là une présomption d'existence d'un disparu, présomption maintenue jusqu'à quasi certitude de mort.

Les auteurs de la loi de 1920 ont pensé qu'il y avait urgence à modifier ladite règle hanafite applicable en Égypte. C'est encore à la doctrine malékite qu'on doit les sages dispositions de l'article 7.

Désormais qu'un mari égyptien absent laisse volontaire-

ment son épouse sans nouvelles, ou qu'il soit mort à son insu, elle n'aura qu'à informer le juge de la disparition de son mari, en lui donnant les renseignements qu'elle pourra avoir et qui aideront aux recherches. Elle sera fixée sur son sort au plus tard quatre ans après sa démarche. L'article 7 ajoute qu'elle aura encore à subir l'*edda* des veuves de quatre mois et dix jours.

Nous avouons ne pas voir les motifs pour lesquels on lui impose cette période supplémentaire, puisqu'il y a déjà quatre ans qu'elle est séparée en fait de son mari; nous avons dit que la crainte de la grossesse n'existe légalement plus pour la répudiée ou la divorcée, après trois ans de séparation.

Il est entendu que les recherches en vue de retrouver « par tous les moyens » les traces du disparu incomberont au Ministère de la Justice et ces recherches auront comme point de départ et direction le renseignement fourni par l'intéressée sur « l'endroit où l'on présume que son mari se trouve ou pourrait se trouver ».

Nous aimons à croire que les agents chargés des dites recherches ne se contenteront pas de fouiller la ville ou la contrée signalée par la femme comme retraite possible ou probable du fugitif. Rien ne serait alors plus facile pour la délaissée qui tient à la séparation, que de lancer intentionnellement les détectives sur une fausse piste. Qu'on interroge la femme sur les renseignements qu'elle peut avoir et qui aideront à la découverte, rien de plus logique, mais qu'on doive se contenter de vérifier l'exactitude de ces renseignements, nous ne le croyons pas. D'ailleurs, les législateurs de 1920, en autorisant ces agents à « opérer ces recherches par tous les moyens possibles », n'ont-ils pas entendu leur donner toute latitude à ce sujet ?

Si donc dans les quatre années qui suivront la démarche

de la femme, les recherches ont été vaines, et si aucune nouvelle n'est venue directement ou indirectement du disparu, le *cadi* autorisera la présumée veuve à entrer dans la retraite viduaire, à l'expiration de laquelle elle pourra se remarier.

L'article 254 de l'avant-projet du code algérien fixe le point de départ des quatre ans, non au jour de la démarche auprès du *cadi*, mais au jour où l'on a eu les dernières nouvelles du disparu. M. Morand dans son projet rapporte, en note à l'article en question, les paroles de *Mohamed Elbachir Ettouati :* « L'épouse de l'absent est ajournée à quatre ans à partir du jour où il a été impossible d'avoir de ses nouvelles; d'aucuns disent du jour de la disparition ».

La femme du disparu algérien pourrait donc être soumise à une période d'attente moins longue que la délaissée égyptienne, car celle-ci ne se décidera à agir que quand elle aura perdu tout espoir d'avoir encore des nouvelles de l'absent.

Il faut bien faire remarquer que nous ne sommes plus ici en présence d'une dissolution judiciaire du mariage, il y a simplement autorisation d'entrer en *edda*. Donc la femme garde ses droits à la succession maritale, tant qu'elle n'a pas contracté une nouvelle union (1).

A quel moment y aura-t-il dissolution ? A la mort certaine du disparu ou au remariage de la réputée veuve si cette nouvelle union est faite dans les conditions suivantes :

1° le nouvel époux est de bonne foi, il ignore si le premier mari existe encore ou n'existe plus;

2° le second mariage n'a pas eu lieu pendant l'*edda*;

3° il y a eu consommation effective de la seconde union.

Ces dispositions résultent de l'article 8 ainsi conçu :

« Si le mari reparaît ou si son existence est établie, les

(1) Khalil, traduction Perron, *op. cit.*, t. III, p. 83, dont l'opinion est consacrée expressément par l'article 254, alinéa 2, de l'avant-projet de code algérien.

effets du mariage subsisteront à moins que la femme ne se soit remariée avec une personne qui a eu des rapports intimes avec elle et qui ignorait l'existence du mari. Dans ce cas le second mariage est valable à moins qu'il n'ait été conclu pendant le délai de l'*eddat al wafa* (délai de continence de la veuve) relatif au premier mariage ».

En résumé, de toutes les catégories de femmes délaissées par des maris égyptiens, c'est celle qui n'a plus de nouvelles de son époux qui est la moins à plaindre dans son malheur : son entretien, elle l'aura en invoquant l'article 5 et, du jour où la solitude lui pèsera, il lui suffira de faire une démarche auprès du *cadi* : 4 ans, 4 mois et 10 jours après, elle pourra peut-être, si le fugitif n'a pas donné signe de vie, fonder un nouveau foyer.

Nous ne cèlerons pas que la commission avait pensé pouvoir étendre le bénéfice des dispositions bienveillantes de l'article 7 à toutes les délaissées, femmes d'absents ou de détenus sans distinction. Aux yeux du plus grand nombre des membres de la commission il n'y avait aucune raison de traiter différemment une femme dont le mari néglige de donner de ses nouvelles et celle dont l'époux donne parfois signe de vie, mais qui ne reviendra peut-être pas au domicile conjugal, ou celle encore plus malheureuse qui a son mari en prison, condamné peut-être aux travaux forcés à temps ou à perpétuité. Il nous semble en effet que le sort de ces malheureuses mérite au moins autant de pitié que celui des femmes de disparus.

Malheureusement l'opposition irréductible de certains *ulémas* dont on n'a pas voulu froisser les susceptibilités religieuses n'a pas permis à la commission de généraliser l'application de ces sages dispositions de l'article 7. Nous avons l'intime conviction que ce n'est que partie remise, que tôt ou tard cette regrettable lacune de la loi égyptienne sera

comblée, et cette injustice réparée. Nous n'aurons plus alors ce spectacle paradoxal d'une femme délaissée déplorant l'aisance du fugitif et regrettant de le savoir vivant, souhaitant même ne plus jamais en entendre parler. Nous n'aurons plus aussi sous les yeux cet autre spectacle bien plus navrant d'une malheureuse condamnée à porter un nom que son mari a déshonoré et cela parce que le forçat a des biens au soleil! Car hélas! le crime n'est pas l'apanage des pauvres (1).

---

(1) Nous croyons utile de reproduire ici le texte de l'avant-projet que la commission a dû modifier et qui était relatif au cas des femmes d'absents et d'incarcérés :

Art. 9. — Lorsque l'absence d'un mari qui a des biens dure un an au moins et que sa femme ait lieu de craindre qu'elle ne puisse observer son devoir de fidélité, elle peut s'adresser au *cadi* qui, au cas où le lieu de résidence du mari serait connu, sommera celui-ci soit de rejoindre sa femme, soit de la faire venir auprès de lui, soit de la répudier. Si le mari n'exécute pas l'une des trois alternatives précitées dans le délai que le *cadi* doit lui fixer, celui-ci prononcera le divorce. Si la résidence du mari absent est inconnue, que, pour toute autre raison, il ne soit pas possible de communiquer avec lui, le *cadi* prononcera le divorce, sans qu'il soit besoin de prévenir le mari. Dans les deux cas précédents, la femme devra prêter le serment qu'elle craint de ne pouvoir observer son devoir de fidélité.

Art. 10. — La femme, dont le mari a été condamné définitivement à un emprisonnement de cinq ans au moins, peut après un an d'incarcération du mari demander au *cadi* de prononcer le divorce si elle craint de ne pas pouvoir observer son devoir de fidélité envers son mari. Le *cadi* devra inviter le mari à répudier sa femme. Si celui-ci s'y refuse, le divorce sera prononcé par le *cadi* après que la femme aura prêté le serment qu'elle craint de ne pouvoir observer son devoir de fidélité.

CHAPITRE III

De la séparation pour cause de maladie

A l'exclusion du cas d'impuissance du mari, impuissance ignorée de la fiancée, le rite hanafite ne reconnaît pas à la femme le droit de divorcer pour cause de maladie de l'époux, quelle que soit l'affection dont il est atteint, fût-elle dangereuse pour elle-même.

La femme d'un lépreux, d'un fou, d'un phtisique, d'un avarié, est tenue de cohabiter. Bien portant, un mari peut librement chasser une femme qui s'était attachée à lui ; atteint d'une maladie répugnante et contagieuse, il l'oblige à subir son contact. La voilà « la loi de l'homme » dans toute son implacable rigueur ! Les mieux partagées de nos femmes sont donc celles qui, sans le savoir, épousent des « *muets du sérail* ».

L'article 9 a heureusement mis fin à ce fâcheux paradoxe :

« Lorsque le mari est atteint d'une maladie grave qui est incurable ou susceptible de durer longtemps et qui rendrait la cohabitation nuisible pour la femme, telle que la folie, la lèpre (*gouzam*) et le vitiligo (*barass*), celle-ci

peut demander la séparation à condition que la maladie fût antérieure au mariage et fût ignorée de la femme, ou, si elle est postérieure à la célébration du mariage, que la femme ne consente pas à cohabiter avec lui.

« La séparation ne peut être prononcée si la maladie était connue de la femme au moment du mariage, ou si, la maladie s'étant déclarée postérieurement au mariage, la femme, l'ayant connue, a consenti à la cohabitation soit expressément, soit tacitement ».

Hâtons-nous de dire que les rédacteurs de cet article 9 n'ont eu besoin de recourir à aucun autre rite, ils se sont simplement inspirés des idées du docteur hanafite, l'*Imam Mohamed* qui, sur plus d'un point a contredit son maître, *Abou Hanifa*.

Ils ont cru utile de citer, mais à titre purement énumératif et non limitatif, trois affections graves « telles que la folie, la lèpre et le vitiligo, parce que ce sont justement celles dont parlent tous les créateurs de rites. Nous connaissons malheureusement d'autres maladies aussi incurables et aussi contagieuses qui pourront, elles aussi, être invoquées le cas échéant. Il suffira : (*a*) qu'elles soient incurables ou nécessitant un traitement de longue durée ; (*b*) que la cohabitation avec le patient mette la vie ou la santé de sa compagne en danger.

Comment le *cadi* pourra-t-il éclairer sa religion sur l'incurabilité ou sur la durée probable du traitement ou le danger que fera courir la promiscuité du malade ? L'article 11 y répond : « Des experts peuvent être consultés sur les maladies susceptibles d'entraîner la résolution du mariage ».

Lorsque les deux conditions de la gravité de la maladie seront réunies, la plaignante sera recevable en sa demande en séparation. Mais obtiendra-t-elle le divorce ? Oui, si le mal est antérieur au mariage et ignoré de la fiancée, ou si, le mal apparaissant après consommation, la femme ne

consent plus à cohabiter avec le patient. Le texte français, qui n'a pas d'ailleurs un caractère authentique, dit « ne consent pas ». C'est « ne consent plus » qu'il faut lire puisqu'elle a déjà cohabité.

Le second alinéa de l'article 9 ne fait que compléter par déduction le premier.

Nous comprenons très bien qu'on refuse le divorce à une femme qui, informée avant toute cohabitation de l'état physiologique de son époux, a néanmoins passé outre à l'avertissement en se donnant à lui. L'amour l'a emporté sur le souci qu'elle a pu avoir de sa santé; elle a accepté le risque; qu'elle ne vienne donc pas se poser ensuite en victime.

Lorsque le mal apparaît pendant le mariage et que la femme, l'ayant connu, veut cependant continuer à remplir ses devoirs d'épouse, cela prouve qu'elle a, elle aussi, opté pour le risque par esprit de dévouement. De ce fait elle a perdu le droit de se plaindre et de demander la séparation.

Quelle sera la nature du divorce prononcé pour cause de maladie? « La séparation pour cause de maladie est considérée comme une répudiation *baïn* (irrévocable) (Art. 10).

Nous ajoutons que cette répudiation sera imparfaite car les deux époux séparés pourront se remarier entre eux; il va sans dire que la dite maladie ne pourra plus être invoquée pour demander le divorce une seconde fois.

Désormais la femme égyptienne pourra non seulement s'affranchir d'une union qui ne peut pas lui procurer les joies conjugales et encore les consolations de la maternité, mais elle pourra aussi se dégager d'un mariage qui ne lui promet que répugnance et danger. N'y a-t-il pas d'ailleurs avantage social à ne pas favoriser la procréation chez certains individus qui ne peuvent engendrer que de la misère physiologique?

CHAPITRE IV

Rétroactivité de la loi en ce qui concerne l'« edda » prévu à l'article 3

L'article 3, en ramenant à trois ans la durée maxima d'une gestation a soulagé les répudiants et les divorcés du cauchemar des retards que leurs ex-épouses pouvaient toujours invoquer pendant peut-être quarante ans pour continuer à se faire entretenir.

Ce sont les plaintes des victimes de cet état de choses qui ont hâté l'élaboration de la loi de 1920. Ne pas les faire bénéficier des dispositions avantageuses de la loi qu'ils ont provoquée eût été une injustice. Aussi l'article 12 dispose-t-il : « Les dispositions de l'article 3 de la présente loi seront appliquées aux femmes se trouvant dans la période de l'*edda* et auxquelles une pension alimentaire d'*edda* a été allouée en vertu d'un jugement définitif rendu antérieurement à la mise en vigueur de la dite loi ».

La femme répudiée et en possession d'un jugement de *nafaqa* antérieur au 12 juillet 1920 ne pourra plus invoquer un droit acquis pour exiger de son mari l'entretien auquel il a été condamné, s'il a déjà payé trois ans de *nafaqa*, ou

trois ans augmentés de la période d'allaitement s'il y a eu allaitement.

Nous comprenons très bien que l'application rétroactive de l'article 3, se heurtant à des droits définitivement acquis par jugements, n'était possible qu'en vertu d'une disposition spéciale.

Mais cette rétroactivité, devons-nous, dans le silence de la loi, l'admettre également pour les autres dispositions de ladite loi ? Oui, toutes les fois qu'en l'invoquant on ne portera pas atteinte à un droit acquis par un jugement définitif. Telle est d'ailleurs l'opinion des juges de nos *mehkémehs*.

En résumé la loi de 1920 assure la subsistance aux femmes délaissées ou affligées de maris avares ; elle garantit les maris divorcés contre l'exploitation arbitraire de leurs ex-épouses ; elle offre à la femme de nouveaux motifs pour obtenir le divorce : refus d'entretien, mari absent et insolvable, mari disparu ou gravement malade.

C'est beaucoup et cependant c'est peu si on tient compte de ce qui reste encore à faire pour combler les lacunes de la législation hanafite.

Nous aimerions voir les législateurs égyptiens faire preuve de plus de hardiesse dans leurs initiatives et se dégager davantage des traditions. Leurs collègues turcs et algériens ont montré plus de zèle dans cette voie et leurs travaux ne sont qu'à admirer.

Pourquoi faut-il que le Caire, centre intellectuel et religieux le plus important de l'Islam en soit réduit, pour assurer le bien-être des Egyptiens, à imiter ce que font les autres? Un phare a pour mission non de recueillir de la lumière empruntée, mais de briller de la sienne pour montrer aux autres la route à suivre.

CHAPITRE COMPLÉMENTAIRE

La polygamie

Il est parfaitement vrai que le législateur musulman admet en principe la polygamie, mais il l'entoure de conditions qui la rendent presque impossible en fait. Il ne faut pas perdre de vue que l'Islamisme a pris naissance là où la polygamie était pratiquée sur une grande échelle, non seulement en Arabie mais dans d'autres pays voisins. Abolir une coutume profondément entrée dans les mœurs, c'eût été pour la nouvelle religion un grand obstacle à son extension.

Il faut ajouter aussi que la polygamie était rendue nécessaire par l'organisation sociale des Arabes et par l'état de guerre perpétuelle dans lequel ils vivaient. La supériorité numérique des femmes, leur soumission complète aux hommes, et la grande importance qu'attribuaient les Arabes à l'honneur de leurs femmes étaient des facteurs justificatifs du mariage avec plus d'une épouse.

Actuellement, les conditions sociales n'étant plus les mêmes, la polygamie est devenue une institution qui révolte les esprits non seulement en Europe mais même dans les pays musulmans.

Que la polygamie fleurisse encore chez les nègres de l'Afrique australe, chez les Polynésiens et les Peaux-Rouges, cela se conçoit : pour ces peuples non civilisés, la femme n'est qu'une servante qui voit avec plaisir son seigneur et maître augmenter le nombre de ses co-épouses car sa tâche dans les travaux du ménage en sera allégée.

En Egypte comme dans les autres pays musulmans, la polygamie n'a heureusement pas ce caractère servile : la sensualité seule y joue un rôle. Nul n'ignore qu'en Orient la femme, nubile de très bonne heure, se fane et vieillit vite ; tandis que l'homme conserve sa virilité bien plus tard.

Celui qui n'a pas les moyens d'entretenir plusieurs ménages ne résiste pas pour cela au désir de rafraîchir ses joies conjugales : il révoque et remplace au lieu de collectionner. Il obtient donc le même résultat que la polygamie, c'est-à-dire la satisfaction de ses désirs, par une monogamie répétée à volonté.

La polygamie peut avoir l'avantage d'enrayer le mal du concubinage et de la prostitution, ses succédanés, dont les résultats ne sont pas moins dangereux au point de vue social.

Quoiqu'il en soit, on peut dire qu'en fait la polygamie n'existe presque pas. Nous rapportons le passage suivant de l'ouvrage de M. Gide (1), écrit il y a des dizaines d'années : « La polygamie chez les peuples du Levant existe en principe bien plutôt qu'en fait et chez ceux qui l'admettent avec le moins de réserve, chez les musulmans, les voyageurs modernes ont trouvé tout au plus un homme sur cent qui eût deux femmes, ils n'ont pas pu trouver un homme sur cinq cents qui en eût plus de deux ».

Rien dans le dogme musulman ne s'oppose à ce qu'on

---

(1) *Etude sur la condition privée de la femme*, p. 43.

soumette la polygamie à des restrictions qui en limiteraient davantage encore l'usage en le réservant aux seuls cas de nécessité absolue.

Comment, en effet, s'exprime le Coran au sujet de la polygamie ?

« Des femmes qui vous plaisent n'épousez que deux, trois ou quatre. Si vous craignez d'être injuste envers elles, n'en épousez qu'une seule ». Et ailleurs : « Vous ne pourrez jamais traiter également toutes vos femmes quand même vous le désireriez ardemment (1) ».

Ces paroles prouvent clairement que la polygamie n'avait pas les sympathies divines, et que c'est à contre-cœur que la loi musulmane en a toléré l'usage.

Si le Coran lui-même, le livre sacré de l'Islam, ne nous cache pas les craintes que lui inspire une institution héritée du passé, pourquoi ne chercherions-nous pas, sinon à la prohiber, du moins à en restreindre encore l'application (2).

D'ailleurs à qui profite la polygamie? On chercherait en vain les avantages moraux ou matériels que peut avoir une femme à être seulement quart d'épouse sans être garantie pour cela de la menace d'une répudiation imposée. Si les femmes étaient consultées sur la question du maintien ou de la suppression de la polygamie, il ne fait aucun doute que, à l'unanimité, elles voteraient pour la dernière alternative. Ne sont-elles pas les premières à souffrir de ces unions partagées qui ne leur procurent que la moitié, le tiers ou le quart des soins, des attentions, de la présence et de l'affection d'un mari équitable, et qui enfin ne leur font goûter aux joies intimes du foyer que par intermittences.

---

(1) *Coran*, chapitre IV, versets 3 et 128.

(2) Tout récemment le journal égyptien *Al-Ahram*, du 10 février 1922, a rapporté la nouvelle que la Grande Assemblée Nationale d'Angora est en train de discuter un projet de loi tendant à l'abolition de la polygamie en Turquie. Du Nord nous viendrait donc la lumière.

Et le polygame lui-même, peut-il se dire heureux parce que, légalement il peut varier ses menus conjugaux et avoir ses pantoufles dans deux ou trois appartements différents? L'obligation de partager également ses nuits ne lui enlève-t-elle pas le droit d'écouter la voix de son cœur et d'avoir une épouse préférée?

En somme une législation qui reconnaît au mari le pouvoir arbitraire de renvoyer son épouse quand elle a cessé de lui plaire, pourrait logiquement lui retirer le droit d'avoir sans nécessité plusieurs femmes.

L'Etat seul, par l'organe des *Mehkémehs*, serait en mesure de surveiller la polygamie et de ne l'autoriser que dans les cas les plus urgents : maladie, vieillesse ou stérilité de l'épouse et à condition que l'intéressé soit en mesure d'entretenir convenablement et suivant leur condition sociale les deux ou trois épouses qu'il prétendrait lui être nécessaires. C'est particulièrement cette condition de possibilité d'entretien de plusieurs ménages qu'il conviendrait de contrôler. Un homme qui a déjà de la peine à subvenir aux frais d'un ménage ou qui brutalise sa femme ne devrait pas être autorisé à alourdir ses charges ou à faire deux malheureuses au lieu d'une.

Et si dans de telles circonstances un *cadi* mettait son *veto* à la polygamie, il ne ferait en somme qu'interpréter les paroles du Coran « Si vous craignez d'être injustes n'en épousez qu'une seule. »

Il y a même un secte de musulmans, les *Moutazalas* (1), qui considèrent la polygamie comme positivement prohibée (2).

Moins radicaux, les musulmans de l'Inde qui forment le

---

(1) Les *Moutazalas* constituent une école musulmane ayant des convictions religieuses et philosophiques contraires aux interprétations des créateurs de rites.

(2) *Mohamedan Law*, par Sayed Ameer Aly, t. II, p. 21, 2e édition.

groupe le plus important des adeptes de Mahomed, sont parvenus à pratiquer la monogamie par un moyen toléré par la loi musulmane : Le mari stipule dans l'acte de mariage qu'il ne pourra légalement épouser d'autres femmes tant qu'il sera avec la première (1).

Nous ne pouvons résister au désir de citer les sages paroles de *Bahissatoul Badiah*, contenues dans son rapport sur les moyens propres à relever la condition de la femme musulmane (2).

« La huitième proposition : Chercher à circonscrire la polygamie et à la réduire aux seuls cas où elle serait nécessitée par des motifs très graves. La situation malheureuse des femmes et les querelles entre frères et sœurs nés de mères différentes sont la conséquence funeste de la polygamie. Tout ceci ne peut que mener le peuple à la pire des déchéances morales.

« Le Coran, il est vrai, a toléré la polygamie, mais à la condition expresse que les épouses reçoivent un traitement égal et qu'aucune préférence n'existe pour l'une au détriment de l'autre.

« Mais il est certain que, lorsqu'une chose tolérée par la loi religieuse est de nature à entraîner un préjudice aux individus ou à la collectivité, cette tolérance disparaît par ce fait seul. Le chef religieux a, de par la loi coranique, droit d'interdire tout ce qui, quoique autorisé, peut entraîner des conséquences nuisibles ou dangereuses.

« Or, est-il rien de plus dangereux que les querelles entre

---

(1) *Mohamedan Law*, par Sayed Ameer Aly, t. II, p. 21, 2e édition.

(2) *Bahissatoul Badiah* pseudonyme de feue *Mme Malaka Hefni Nassef*, femme auteur de grand talent, morte il y a quelques années dans la fleur de l'âge, après avoir été admirée par le monde intellectuel égyptien. Son rapport dont nous extrayons le fragment ci-dessus a été présenté au 1er Congrès Egyptien réuni le 4 mai 1911 et reproduit dans le *Recueil* de ses travaux, p. 113 et suiv.

frères et les divisions de famille ? La polygamie n'est-elle pas préjudiciable surtout au pauvre qui peut subvenir à peine aux besoins d'une seule femme ? »

Rien à ajouter à un réquisitoire aussi éloquent; nous ne lui reprochons qu'une chose, c'est de laisser croire aux gens mal informés que la polygamie a pris par son extension dans notre pays les apparences d'une calamité, d'une onzième plaie d'Égypte. Non, le dernier recensement égyptien nous rassure sur l'étendue du mal : d'ailleurs les conditions actuelles de l'existence, la cherté de vie, et surtout « *similia similibus curantur* » la facilité de répudier constituent en fait les meilleurs préventifs contre la polygamie.

Mais c'est au point de vue juridique que nous nous plaçons pour demander cette réforme, dût-elle ne profiter qu'à une infime partie de la population féminine.

CONCLUSION

Nous avons essayé dans cette étude de mettre en relief les droits de la femme mariée musulmane. Ces droits, tout compte fait, sont assez étendus sur certains points, particulièrement en ce qui concerne l'administration de ses biens. Nous pouvons d'ailleurs affirmer que la législation musulmane, si elle était sagement interprétée et équitablement appliquée, pourrait sans innovation assurer à la femme musulmane dans la famille et dans la société une situation au moins égale à celle de beaucoup de ses sœurs occidentales. Il suffirait pour cela que nos législateurs aient eu le courage de faire le sacrifice de quelques-unes de leurs convictions religieuses, qu'ils attachent un peu moins d'importance aux traditions les plus désuètes, pour ne voir que l'intérêt général; qu'ils comprennent enfin que tout évolue autour d'eux et qu'il y a des courants qu'on ne remonte pas. Il leur faudrait aussi ne pas s'enfermer dans les prescriptions des quatre rites orthodoxes et encore bien moins dans celles d'un rite unique : nul, ici-bas, ne peut se vanter d'être le détenteur exclusif de la vérité.

N'oublions pas que les rites datent des premiers siècles de

l'Islam, qu'ils sont l'œuvre des savants docteurs qui ont commenté le Livre Saint et les Hadiths dans l'esprit de l'époque, tout imprégnés encore des traditions qui malgré eux se reflètent dans leurs commentaires.

La femme mariée et particulièrement la femme égyptienne souffre actuellement de quatre maux qui exigent l'intervention immédiate et hardie du législateur :

1° la polygamie;

2° la répudiation sans procédure;

3° l'insuffisance des motifs lui permettant de demander le divorce judiciaire et enfin,

4° Le mariage prématuré.

1° **Polygamie.** — Nous avons dit tout ce que nous pensions de la polygamie et indiqué les mesures qu'il conviendrait de prendre en vue d'en restreindre la pratique et d'en limiter les inconvénients.

2° **Répudiation sans procédure.** — Telle qu'elle existe actuellement, la répudiation, qui aboutit en somme à une polygamie illimitée, constitue le danger le plus grave qui puisse menacer la femme dans sa vie conjugale, car rien ne la garantit contre la fantaisie ou le caprice de son époux qui, d'un mot, peut la renvoyer dans sa famille ou la jeter sur le pavé. N'avons-nous pas montré qu'une formule répudiaire prononcée en état d'ivresse voulue suffit pour amener la séparation ?

Quand on pense qu'une union peut être rompue, qu'un foyer peut être brisé dans de telles circonstances, on s'explique particulièrement que la femme ait de quoi hésiter à s'attacher à son mari et que la véritable vie de ménage ne puisse pas être aussi bien développée qu'en Europe.

Lorsqu'un maître a à se plaindre du service de son domes-

tique, il se croit tenu de le lui dire et de le prévenir avant de le congédier. C'est bien plus simple quand il s'agit de renvoyer la mère de ses enfants !

On essaye de justifier le maintien, dans sa forme actuelle, de la répudiation, en disant qu'elle met à la disposition du mari un moyen bien simple et rapide de se défaire d'une épouse, dont la conduite est répréhensible.

C'est en invoquant un argument de cette nature qu'un roi de Prusse, dit-on, ordonna un jour la destruction de tous les oiseaux de son royaume parce que quelques-uns avaient mangé les cerises de son jardin. On sait ce qu'il en advint.

On peut tuer un homme avec un couteau, est-ce une raison pour en interdire l'usage à tout le monde?

C'est à croire vraiment que nos femmes sont de mauvaises épouses puisqu'on n'estime pas nécessaire d'imposer au répudiant l'obligation de motiver sa décision qu'il peut d'ailleurs prendre à l'insu de la victime, et qu'on ne croit pas utile de permettre à celle-ci de se défendre?

On parcourrait en vain le Coran pour y trouver un verset, une phrase, un mot quelconque permettant d'inférer que l'Islamisme a autorisé la répudiation capricieuse, sans motif, par simple formule, et telle enfin qu'elle se pratique abusivement de nos jours. Il a évidemment prévu le désaccord entre les époux, et pour y remédier il a formellement prescrit la tentative de réconciliation.

A cet effet il a imposé aux époux l'arbitrage d'une sorte de conseil de famille formé des plus proches parents de l'un et de l'autre des conjoints. C'est devant ce petit tribunal familial, qu'il voulait que les époux désunis vinssent exposer leurs griefs, pensant qu'ils le feraient plus librement que devant un *cadi*. Les arbitres, après avoir entendu les plaintes de l'un et la défense de l'autre, devaient user de leur influence sur leurs justiciables pour ramener si possible la paix dans

le ménage. En supposant même que le mari, décidé à tout prix à se séparer de sa femme, refuse de faire connaître le motif de sa détermination ou repousse toute réconciliation, il n'en obtiendrait pas moins la séparation qu'il veut, mais du moins cette procédure imposée aurait cet avantage de retarder l'effet de sa décision et par suite d'éviter le *talak* prononcé dans un moment de colère ou d'ivresse et à l'insu de la victime. Notre carrière de magistrat et notre séjour de plusieurs années dans la province nous ont permis de toucher du doigt la plaie dont souffrent les ménages égyptiens du fait de ces répudiations inconscientes, souvent déplorées de ceux-là mêmes qui les ont provoquées.

Nombre de docteurs musulmans reconnaissent que le *talak* formulaire sans procédure est une pratique contraire à la loi religieuse et ne l'admettent en tout cas que comme dernière ressource offerte à un mari malheureux.

Les *Moutazilas* considèrent que le *talak* n'est valable et ne produit son effet séparatif qu'après avoir été approuvé par le *Hakem el chari* (autorité judiciaire). Ils s'appuient sur les paroles déjà citées et sur l'établissement par le Coran du système de l'arbitrage, qui, disent-ils, n'aurait aucune raison d'être si la répudiation pouvait se faire par formule et au gré du caprice du répudiant (1).

Le code du statut personnel ottoman, appréciant les avantages de l'arbitrage en pareille circonstance, l'a imposé par l'article 130.

Au Soudan Anglo-Égyptien l'arbitrage est appliqué aussi en vertu de la circulaire n° 17 du Grand *Cadi* (2).

L'avant projet du code algérien dans son article 172 prévoit cet arbitrage :

---

(1) Sayed Ameer Aly, *op. cit.*, p. 409.

(2) Le Grand *Cadi* du Soudan Anglo-Egyptien a le droit de proposer par circulaires aux *Mehkémehs* les meilleures solutions en cas de différences entre les rites.

« En cas de désaccord entre les époux, le magistrat devant lequel ils porteront leur plainte pourra les renvoyer devant deux arbitres honorables nommés de préférence l'un dans la famille du mari, et l'autre dans celle de la femme. Les arbitres entendront les plaintes respectives des parties et chercheront par tous les moyens possibles à les réconcilier. En cas d'insuccès, si les arbitres se prononcent pour le divorce au tort des deux époux ou de l'un d'eux seulement, ils se rendront devant le *cadi*, qui sanctionnera leur sentence et en ordonnera l'exécution ».

Donc partout on sent la nécessité de mettre un frein à l'usage immodéré de la répudiation formulaire. En Égypte, elle continue ses ravages.

Bahissatoul Badiah dans son fameux rapport au Congrès Égyptien ne pouvait se dispenser de parler de ce fléau et de proposer un remède. « C'est dit-elle que l'homme ne se marie (avec plus d'une femme) et ne divorce qu'avec autorisation du *Mehkémeh Charieh* (tribunal canonique) ainsi que cela se passait jadis... Il est encore préférable de suivre le principe d'arbitrage inscrit dans le Coran qui dit : « Si vous (*cadis*) craignez un désaccord entre eux choisissez un arbitre dans sa famille à lui et un arbitre dans sa famille à elle afin de tenter la réconciliation et Dieu mettra l'accord entre eux ». « Nul n'ignore le préjudice étendu que cause dans la société musulmane l'abus du mariage et du divorce. A tout propos, avec ses amis, dans ses transactions journalières, aux champs, dans les bazars, le mari engage la foi conjugale, jure de répudier sa femme et la répudie. Jamais le divorce, dans l'esprit de l'Islam, ne devait causer la destruction des familles et des foyers ».

En somme, ce que nous appelons de tous nos vœux, c'est uniquement la réglementation de la répudiation unilatérale : nous voulons qu'elle devienne un acte judiciaire, qu'elle

acquière de ce fait, aux yeux du mari égyptien, une importance au moins égale à celle d'une constitution d'hypothèque ou d'une action en bornage. Si nous admettons encore que le mari seul peut, à son gré et par sa seule volonté, rompre son union, faisons au moins en sorte qu'il ne puisse se débarrasser de son épouse plus facilement que de son *boab* (concierge). Obligeons-le à s'adresser au *cadi*. Qui sait si un simple conseil de magistrat, dont l'influence est très grande, ne suffira pas pour le ramener à de meilleurs sentiments à l'égard de sa femme? Et s'il n'y parvient pas, il y aura encore l'espoir d'une réconciliation par l'entremise du conseil de famille dont nous avons parlé.

Cette réglementation n'aurait-elle pour résultat que de diminuer de moitié le nombre des répudiations, que nous nous en estimerions très heureux.

3° **Insuffisance des cas pouvant être invoqués par la femme pour demander le divorce.** — La loi de 1920, nous l'avons montré, en ouvrant à la femme mariée égyptienne la voie du divorce dans quelques cas extrêmement urgents, a sensiblement amélioré sa situation. Des scrupules religieux d'ailleurs très respectables n'ont malheureusement pas permis à la commission d'étendre cette sage mesure, autant que nous l'aurions désiré. Pourquoi la femme ne pourrait-elle pas obtenir la séparation toutes les fois que ses intérêts matériels ou moraux sont menacés par le fait ou par la faute du mari ?

Le rite malékite est extrêment libéral à l'égard de la femme, et nous avons encore beaucoup à lui emprunter.

Nous croyons d'ailleurs utile de reproduire ici le texte de l'article 171 de l'avant-projet du code algérien :

« Le divorce peut être demandé :

« 1° Pour manquement aux obligations qui découlent de

plein droit du mariage, comme lorsque le mari cesse de pourvoir à l'entretien de la femme, l'abandonne au domicile conjugal, se livre sur elle à des actes de violence, ou que la femme se rend coupable d'adultère ;

2° Pour manquements aux engagements pris dans la convention de mariage ;

3° Pour injures graves imputables au mari, telles qu'accusations d'adultère injustifiée ; assimilation injurieuse, serment de continence ; répudiation imméritée ou imputables à la femme, telles que le fait de manifester pour le mari de la répugnance ou de manquer gravement au respect et à la soumission qu'elle lui doit ».

Nous ne demandons pas qu'on fasse de la femme l'égale de l'homme dans le mariage. Dans toute société il faut un chef; dans la petite société conjugale, cellule de la nation, le mari à qui incombe la responsabilité de l'entretien et de la sauvegarde du ménage doit détenir l'autorité. Mais quand le chef, par ses agissements, par ses fautes, par sa brutalité menace les intérêts du foyer, entache l'honneur de la famille, pourquoi lui enchaîner son associée?

A notre avis la loi de 1920 a besoin d'être complétée : les femmes délaissées par des maris aisés, les femmes de riches détenus, les femmes brutalisées, devraient pouvoir sortir des liens du mariage.

Ne craignons pas de donner des droits à la femme mariée, elle n'en acquerra que plus de considération, de la part de son mari qui perdra l'habitude de la traiter en quantité négligeable ; elle y gagnera plus de respect et plus de soumission de la part de ses enfants à l'éducation desquels elle pourra sans crainte se consacrer entièrement.

4° **Mariage précoce.** — On peut dire que jusqu'alors la question de l'âge auquel le mariage est permis n'a pas

encore été réglementé en Egypte. Selon le rite hanafite le mariage peut avoir lieu à tout âge, mais il doit se faire par l'intermédiaire des tuteurs si les époux sont mineurs. Ainsi donc rien ne s'oppose à ce qu'un enfant en bas âge, garçon ou fille, soit légalement marié.

Qui ne voit pas les dangers de toute nature que peut causer l'exercice de ce droit de *djebr* ? C'est le mariage par intérêt arrangé entre parents, c'est l'union, faite dès le berceau, de deux fortunes ; c'est la cousine imposée au cousin, quelque chose qui ressemble enfin aux unions princières à but politique : on sait ce que donnent parfois ces « accouplements » par ordre dans l'intérêt de l'Etat.

La femme non nubile peut, si ses parents, son tuteur y consentent, habiter avec son mari pour lui tenir compagnie. A quel moment pourra-t-il l'obliger à se livrer à lui ? Lorsqu'elle sera nubile, dit le code hanafite (art. 166 S. P. E.). Mais cette nubilité est plus ou moins précoce. Elle peut être contestée par les parents ou par la jeune femme ; qui décidera alors ? Deux matrones, dit le rite hanafite, désignées par le *cadi*, devront décider si elle est physiquement en état d'avoir des relations intimes avec son époux.

Ah ! voilà un mariage qui se présente sous d'heureux auspices, le mari obtenant le devoir en vertu d'un jugement.

Il peut sembler étrange qu'au xx^e^ siècle une législation oblige un mari à recourir au *cadi* pour obtenir un jugement condamnant sa fiancée à accepter ses faveurs, jugement déclaratif d'aptitude à la consommation ! C'est la puberté judiciaire.

Par contre si aucune contestation ne s'élève, si les parents pour se débarrasser d'une bouche à nourrir, remettent eux-mêmes leur fille à son mari, affirmant qu'elle est en état de le satisfaire, si la jeune femme est déjà sous son toit « pour

lui tenir compagnie » c'est la santé, c'est la vie peut-être, de la gamine qui est à la merci d'un désir sexuel du mari sans scrupule.

A ce sujet, nous croyons utile de citer le passage suivant du rapport annuel pour 1915, du conseiller au Ministère de la Justice : « Un autre danger social, grave, qui a attiré la « sérieuse attention de la Commission (1) est la fréquence « des mariages d'enfants qui, pour les filles entraînent sou- « vent les conséquences les plus graves pour la santé. On « peut citer de nombreux cas où un mal irréparable a été « causé. Il faut espérer que par des règles rigoureuses, il « sera possible de mettre fin, en pratique, aux déplorables « abus qui se produisent ».

Cette plainte justifiée devrait attirer très promptement l'attention du législateur en vue de mettre fin à la liberté sans limite des *oualis* de marier leurs pupilles en bas âge.

Malheureusement rien n'a été fait jusqu'alors pour les enrayer. Question qui touche à la religion, répond-on. il ne faut rien y changer. Vérité en deça, erreur au delà ! Pourquoi le nouveau code ottoman, en fixant l'âge de la majorité pour les garçons et pour les filles respectivement à 18 et à 17 ans, a-t-il prohibé le mariage au-dessous de 17 ans pour les garçons et de 9 ans pour les filles ? Jusqu'à l'âge de 17 ans, la femme turque ne peut contracter mariage que par l'intermédiaire de son *ouali*, à moins d'y être autorisée par le *cadi* quand celui-ci estime que l'opposition du tuteur n'est pas justifiée. Il faut en outre que la femme qui veut se marier entre 9 et 17 ans affirme être pubère et que son apparence rende vraisemblable son allégation (2).

(1) Il parle de la Commission qui, en 1915, et sur l'initiative du feu Sultan Hussein I, avait été chargée d'améliorer le code de statut personnel égyptien. Son projet n'a malheureusement pas pu être adopté. Nous en avons parlé au sujet de la loi de 1920.

(2) M. Ahmed Safoit, *op. cit.*, p. 33.

Le projet du code algérien, déjà suivi en pratique avant promulgation, dans son article 3, pose comme condition de validité du mariage la puberté fixée à 18 ans pour l'homme et à 15 ans révolus pour la femme (Art. 4). Ces deux âges sont ceux que le rite hanafite a adoptés pour la présomption de puberté (lorsque cette puberté ne peut être établie par des signes extérieurs).

Donc une jeune femme turque de moins de 9 ans ne peut pas être mariée et une jeune fille algérienne de moins de 15 ans révolus ne le pourra pas non plus.

M. Morand s'est appuyé pour fixer ces deux âges sur les opinions des docteurs musulmans et sur le hadith du Prophète : « Le père, pas plus qu'aucun autre, ne peut marier sans leur consentement la femme vierge, et celle qui a déjà été mariée. Quand un homme marie sa fille et qu'elle s'y refuse le mariage est nul ». Mais nous savons que la majorité résulte de la puberté. Or cette puberté est présumée dans tous les rites à 18 ans pour les garçons et à 15 ans au plus tôt pour les filles.

Nous terminons notre étude en faisant des vœux pour que le législateur égyptien fasse de son mieux pour combler dans le plus bref délai les lacunes que nous venons de signaler dans notre législation de statut personnel.

LOI N° 25 DE 1920[1]

comportant des dispositions relatives aux pensions alimentaires et à certaines autres questions se rattachant au Statut Personnel.

NOUS, SULTAN D'ÉGYPTE,

Vu le Règlement relatif à l'organisation des *Mehkémehs* et à la procédure à suivre devant ces juridictions faisant l'objet des deux décrets rendus les 27 *Zil-Keda* 1327 (10 Décembre 1909) et 26 *Goumadal-Sanieh* 1328 (3 juillet 1910);

Vu la loi N° 24 promulguée en date de ce jour;

Vu l'avis favorable du Comité composé de Leurs Éminences le *Cheikh de l'Ashar* et *Cheikh des Malékites*, le Président du *Mehkémeh* Suprême, le Grand *Mufti*, le Substitut du *Cheik des Malékites* et autres *Ulémas*;

Sur la proposition de Notre Ministre de la Justice et l'avis conforme de Notre Conseil des Ministres.

DÉCRÉTONS :

CHAPITRE I

De la pension alimentaire

SECTION I

De la pension alimentaire et de l'edda (délai de continence)

ARTICLE PREMIER. — La pension alimentaire due par le mari à sa femme, qu'elle se soit effectivement donnée à lui ou qu'elle soit léga-

---

(1) En raison des résultats excellents qu'a produits cette remarquable loi nous sommes heureux de pouvoir en présenter au public français, à titre de document, la traduction intégrale.

lement présumée s'être donnée à lui, est considérée comme une dette à la charge du mari (à partir du moment où celui-ci s'abstient de payer la pension due) sans que le droit à cette pension soit subordonné à sa reconnaissance par la justice ou à un accord entre les parties. Ce droit ne s'éteindra que par voie de paiement ou de remise de dette.

Art. 2. — La pension alimentaire due à la femme divorcée est une dette à la charge du mari à partir du jour du divorce dans les mêmes conditions que celles prévues à l'article précédent.

L'edda, en ce qui concerne la pension alimentaire, sera d'un an pour la femme qui n'allaite pas si, pendant ce délai, elle n'a pas eu ses menstrues. Si elle prétend qu'elle les a eues, le délai sera prorogé d'un an à moins qu'elle n'ait de nouveau ses menstrues avant l'expiration de ladite année. L'apparition chez la femme des menstrues au cours de la troisième année mettra fin à l'*edda*. Si la femme n'a pas eu ses menstrues au cours de cette troisième année, l'*edda* ne cesse qu'à l'expiration de ladite année.

Si la menstruation survient pendant l'allaitement, l'*edda* sera calculé d'après (*Al Akraâ*) les époques. A la fin de l'allaitement, l'*edda* sera calculé d'après les règles formulées au présent article, si la femme n'a pas eu ses menstrues pendant l'allaitement.

Toute action tendant à établir dans les deux cas précédents que la menstruation de la femme se produit à plus d'un an d'intervalle ne sera pas recevable.

Section II

Du défaut de paiement de la pension alimentaire

Art. 4. — Dans le cas de refus du mari de payer la pension alimentaire, le jugement allouant cette pension sera exécuté sur ses biens, s'il a des biens apparents ; s'il n'a pas de biens apparents et si, sans soulever la question de solvabilité ou d'insolvabilité, il se borne à persister dans son refus de payer la pension, le *Cadi* prononcera immédiatement le divorce. S'il prétend être insolvable sans pouvoir en apporter la preuve, le *Cadi* prononcera immédiatement le divorce. Mais si le mari apporte la preuve de son insolvabilité, le *Cadi* lui accordera un délai ne dépassant pas un mois, durant lequel il devra

subvenir à l'entretien de sa femme. Faute par lui de s'exécuter, le *Cadi* prononcera le divorce.

Art. 5. — Lorsque le mari est absent et se trouve dans un endroit peu éloigné sans qu'il ait laissé à sa femme de quoi subvenir à son entretien, le jugement allouant la pension sera exécuté sur ses biens, s'il a des biens apparents. S'il n'a pas de biens apparents, le *Cadi* l'avertira par les voies habituelles et lui impartira un délai. Si le mari ne paye pas la pension alimentaire ou s'il ne se présente pas afin de pourvoir à l'entretien de sa femme, le *Cadi* prononcera le divorce à l'expiration du délai fixé.

Dans le cas où le mari absent se trouve dans un endroit éloigné ou inconnu ou s'il est disparu (*mafkoud*), le *Cadi* prononcera le divorce, s'il est démontré que le mari n'a pas de biens sur lesquels la femme pourra prélever ses dépenses d'entretien.

Les dispositions du présent article seront applicables au détenu qui ne subvient pas à l'entretien de sa femme.

Art. 6. — Le divorce pour défaut de paiement de la pension alimentaire est considéré comme une répudiation *radjii* (révocable), et le mari aura le droit de reprendre sa femme s'il établit sa solvabilité et se tient prêt à pourvoir à l'entretien de sa femme durant l'*edda*. S'il n'établit pas sa solvabilité et ne se déclare pas prêt à pourvoir à l'entretien de sa femme, la *radjaa* (fait de reprendre sa femme) ne sera pas valable.

CHAPITRE II

Des maris disparus « mafkoud »

Art. 7. — La femme du disparu, c'est-à-dire de celui dont on n'aura point eu de nouvelles, pourra, dans le cas où celui-ci a laissé des biens suffisants à son entretien, saisir le *Cadi* en lui indiquant l'endroit où l'on présume que son mari se trouve ou pourrait se trouver.

Le *Cadi* préviendra le Ministère de la Justice qui opérera des recherches par tous les moyens possibles. Si dans une période de quatre années, à partir de la démarche faite auprès du *Cadi*, le mari n'est pas de retour et qu'il n'ait pas donné de ses nouvelles, le *Cadi* avertira la femme. Celle-ci pourra se remarier à l'expiration du délai

de l'*eddet-el-wafaa* (délai de continence de la veuve) qui est de quatre mois et dix jours.

ART. 8. — Si le mari reparaît ou si son existence est établie, les effets du mariage subsisteront, à moins que la femme ne se soit remariée avec une personne qui a eu des rapports intimes avec elle et qui ignorait l'existence du mari. Dans ce cas, le second mariage est valable à moins qu'il n'ait été conclu pendant le délai de l'*eddet-el-wafaa* (délai de continence de la veuve) relatif au premier mariage.

CHAPITRE III

De la séparation pour cause de maladie

ART. 9. — Lorsque le mari est atteint d'une maladie grave qui est incurable ou susceptible de durer longtemps, et qui rendait la cohabitation nuisible pour la femme, telle que la folie, la lèpre *(gouzams)* et le vitiligo *(baras)*, celle-ci peut demander la séparation à condition que la maladie fût antérieure au mariage et fût ignorée de la femme, ou, si elle est postérieure à la célébration du mariage, que la femme ne consente pas à cohabiter avec lui.

La séparation ne peut être prononcée si la maladie était connue de la femme au moment du mariage, ou si, la maladie s'étant déclarée postérieurement au mariage, la femme, l'ayant connue, a consenti à la cohabitation soit expressément, soit tacitement.

La séparation pour cause de maladie est considérée comme une répudiation *baïn* (irrévocable).

Des experts peuvent être consultés sur les maladies susceptibles d'entraîner la résolution du mariage.

CHAPITRE IV

Dispositions diverses

ART. 12. — Les dispositions de l'article 3 de la présente loi seront appliquées aux femmes se trouvant dans la période de l'*edda* et auxquelles une pension alimentaire d'*edda* a été allouée en vertu d'un jugement définitif rendu antérieurement à la mise en vigueur de ladite loi.

Art. 13. — Notre Ministre de la Justice est chargé de l'exécution de la présente loi qui entrera en vigueur à partir de sa publication au *Journal Officiel*.

Fait au Palais de Ras-El-Tin, le 25 Chawal 1338 (12 Juillet 1920).

Vu :
Le Doyen de la Faculté de Droit,
M. DESLANDRES.

Vu :
Le Président de la thèse,
Marc DESSERTEAUX.

Vu et permis d'imprimer :
Dijon, le 31 mars 1922.
Le Recteur de l'Académie,
H. PADÉ.

TABLE DES MATIÈRES

BIBLIOGRAPHIE VII
ABRÉVIATIONS XI
PRÉFACE 1
INTRODUCTION 5
CHAPITRE I. — **Sources du Droit musulman** 5
§ 1. — Le Coran 7
§ 2. — La Sounnah 8
§ 3. — L'opinion unanime 9
§ 4. — L'analogie légale 10
CHAPITRE II. — **Les rites** 11
CHAPITRE III. — **Le mariage avant l'Islam** 16

Les Droits de la Femme mariée

PREMIÈRE PARTIE

Droits de la femme nés à l'occasion du mariage 19

CHAPITRE I. — **Le consentement** 20
SECTION I. — État juridique de la femme musulmane 21
§ 1. — Majorité requise pour le mariage 21
§ 2. — Majorité requise quant aux biens 24
SECTION II. — De la demande en mariage 25
SECTION III. — De la conclusion du mariage 30
§ 1. — Du consentement de la femme. Mariage assorti 32
§ 2. — Du consentement du « ouali » (tuteur sur la personne) 39
a) Des oualis et des qualités requises pour exercer la « oualaïat » (tutelle) 40
b) Les personnes qui peuvent être « oualis » 40
c) Le mariage de la mineure et de la pubère 45
d) Droit pour les mineurs de demander à leur majorité la dissolution du mariage contracté pour eux 47
e) Contrôle du « ouali » sur le mariage de la femme majeure 48

§ 3. — La formule du consentement 50
§ 4. — Des conditions requises au sujet de l'acte de mariage 54
a) Conditions de formation de l'acte 55
b) Conditions de la validité de l'acte 56
§ 5. — Du mariage par mandataire 61
SECTION IV. — Opinion des autres rites sur le mariage de la femme ... 62
CHAPITRE II. — **De la dot** 67
§ 1. — De la valeur dotale et des choses susceptibles d'être constituées en dot 69
§ 2. — Droit de la femme à la dot 72
a) La dot coutumière 74
b) La dot dans le mariage par tafouid 75
c) Variation du montant de la dot conventionnelle 76
d) Circonstances confirmatives ou modificatives du droit dotal 77
e) Le paiement de la dot 82
f) La perception de la dot et le droit de la femme d'en disposer 83
§ 3. — De la « mutaa » ou cadeau 85
§ 4. — De la garantie du paiement de la dot 86
§ 5. — De la dot conditionnelle 90
§ 6. — Des contestations relatives à la dot 92
a) Contestations relatives à la fixation ou non fixation conventionnelle de la dot 92
b) Contestation portant seulement sur le quantum de la dot 94
c) Contestation au sujet du paiement de la dot 95
CHAPITRE III. — **La différence de religion des époux** 98
CHAPITRE IV. — **Les preuves du mariage** 104
§ 1. — Preuves du mariage d'après les règles de la législation musulmane 104
§ 2. — Modifications introduites en Egypte au sujet des preuves du mariage 107
§ 3. — Les personnes chargées de la rédaction des actes de mariage . 111
§ 4. — Les preuves du mariage en Algérie d'après l'avant-projet Morand 112

DEUXIÈME PARTIE

Droits de la femme pendant le mariage 115
CHAPITRE I. — **Droit de la femme d'être traitée avec bienveillance** 116
CHAPITRE II. — **Egalité entre épouses** 118
CHAPITRE III. — **De la nafaqa (entretien, habillement et habitation)** 123
§ 1. — De l'entretien 124
§ 2. — De l'habillement 136
§ 3. — De l'habitation 136
§ 4. — Entretien de la femme dont le mari est absent 138
§ 5. — Exécution de la nafaqa 149
CHAPITRE IV. — **Droit de la femme d'administrer librement ses biens et d'en disposer sans restriction** 152
CHAPITRE V. — **Adoucissement au droit disciplinaire du mari** 156
CHAPITRE VI. — **Droit de visite et de sortie** 161

TROISIÈME PARTIE

Droits de la femme à l'occasion de la dissolution du mariage 165

CHAPITRE I. — **Dissolution du mariage par décès de l'un des époux** 166
§ 1. — Arriéré dotal exigible après décès du mari 167
§ 2. — Part héréditaire de la femme survivante dans la succession de son mari 168
CHAPITRE II. — **La répudiation** 169
§ 1. — Conditions de validité de la répudiation 172
§ 2. — Différentes sortes de répudiation 178
1° La répudiation « radjii » ou révocable 180
2° La répudiation « baïn » ou irrévocable 182
§ 3. — De la répudiation conditionnelle 188
§ 4. — De la répudiation soumise à la volonté de la femme 193
§ 5. — De la répudiation en état de maladie 198
CHAPITRE III. — **Le « Khole ». Divorce par consentement mutuel** 204
§ 1. — De la compensation 206
§ 2. — De la capacité de consentir au « Khole » 209
§ 3. — Des formalités du « Khole » 211
§ 4. — De la nature de la dissolution par « Khole » 212
CHAPITRE IV. — **Le divorce judiciaire** 215
§ 1. — Le divorce par exercice du droit d'option 218
§ 2. — Le divorce en cas de serment d'anathème détruit par serment d'innocence prononcé par l'accusée 218
§ 3. — Le divorce pour cause d'impuissance du mari 222
CHAPITRE V. — **De l' « edda » ou retraite de continence** 226
§ 1. — Les femmes soumises à l' « edda » 227
§ 2. — De la durée de l' « edda » 228
§ 3. — Des devoirs et des droits de la femme en « edda » 233

QUATRIÈME PARTIE

La loi n° 25 du 12 juillet 1920 237

INTRODUCTION 237
CHAPITRE I. — **De la pension alimentaire** 241
§ 1. — Droit de la femme à la pension alimentaire 241
§ 2. — Entretien pendant l' « edda » 244
§ 3. — Du défaut de paiement de la « nafaqa » 248
CHAPITRE II. — **Des maris disparus** 253
CHAPITRE III. — **De la séparation pour cause de maladie** 259
CHAPITRE IV. — **Rétroactivité de la loi** 262
CHAPITRE COMPLÉMENTAIRE. — **La polygamie** 264
CONCLUSION 271
TEXTE DE LA LOI N° 25 DE 1920 281
TABLE DES MATIÈRES 287

2523 — DIJON. IMP. VEUVE PAUL BERTHIER